3 1761 04569476 7

Digitized by the Internet Archive
in 2009 with funding from
Ontario Council of University Libraries

http://www.archive.org/details/mlangesdedroit01corn

auges de Droit Romain
dédiés à
Georges Cornil
Vol. 2.

LA POSSESSION DANS LES COMÉDIES DE PLAUTE

PAR

J. VAN KAN

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE BATAVIA

210907
31:3:27

LA POSSESSION DANS LES COMÉDIES DE PLAUTE

En relevant, dans les comédies de PLAUTE, quelques allusions à la matière juridique, très travaillée depuis l'ouvrage capital de M. COSTA, mais non encore épuisée, je passe sous silence la question fondamentale qui constitue l'assiette de toute étude sur les auteurs comiques au point de vue de l'histoire du droit. C'est dire que j'admets, sans renouveler la discussion à ce sujet, le caractère tout au moins particulièrement romain de l'œuvre de PLAUTE et par conséquent la possibilité d'en tirer, avec beaucoup de circonspection sans doute, des données très précieuses pour la connaissance de l'ancien droit romain.

I.

Ce qui, de prime abord, frappe dans les travaux sur le sujet, c'est la pénurie des textes relatifs à la possession. M. COSTA en relève un certain nombre n'atteignant pas la dizaine et dans la thèse de M. PERNARD (1), laquelle constitue la principale amplification de l'ouvrage de M. COSTA, la matière possessoire est même complètement supprimée.

A l'époque de PLAUTE, comme on l'admet à bon droit, la protection possessoire accordée par le préteur était déjà en voie avancée de formation. Il est par conséquent permis de présumer que dans la conscience populaire aussi, la notion du

(1) L. PERNARD, *Le droit romain et le droit grec dans le théâtre de Plaute et de Térence*, Thèse Lyon, 1900.

possessoire devait déjà se détacher plus ou moins nettement du pétitoire. Il serait bien étrange que les comédies du siècle ne portassent pas les traces de cette transformation.

Sur huit passages cités par M. COSTA (1), cinq n'ont aucun trait à la possession juridique :

Amph., 302 : *imaginem meam... possidet ;*
Bacch., 351 : *qui est amicus ita uti nomen possidet ;*
Epid., 447 : *possidebit mulier... ferias ;*
Trin., prol. 21 : *liceat possidere hanc nomen fabulam ;*
Truc., prol. 13 : *huius secli mores in se possidet.*

Dans ces textes, le complément du verbe *possidere* est un mot qui désigne une image, une dénomination, un trait de caractère, un temps de loisir, toutes choses qui ne sont susceptibles d'aucun rapport de droit.

Restent trois textes dont deux s'appliquent à la possession de choses matérielles : *Aulul.*, prol. 3-4 : *domum... quum possideo* et *Poen.*, 1076 : *bona quae possidet pater*, tandis qu'un seul désigne un cas de possession immatérielle : *Mil. glor.*, 438 : *falsum nomen possidere.*

Il serait incompréhensible que sur plus de trois mille passages contenant des allusions à des sujets juridiques qu'a relevés M. COSTA, une part aussi maigre fût faite à une matière qui joue un rôle aussi important dans la vie que la possession.

Comment expliquer cette pénurie ?

Pour quiconque apprécie la scrupuleuse ponctualité qui a présidé à la confection de l'ouvrage de M. COSTA, il est inutile de faire observer que rien n'a échappé à la perspicace exactitude de l'auteur. Si parfois nous présumons néanmoins l'existence, dans l'œuvre de PLAUTE, d'allusions à certaines matières autres que celles dont M. COSTA a fait la récolte, il nous faut chercher dans une autre voie que l'éminent professeur de Bologne.

---

(1) *Il diritto privato romano nelle comedie di Plaute*, Torino, 1890, p. 244-245.

C'est le cas de la possession. En effet, dans le chapitre consacré à cette matière, M. COSTA, comme point de départ, s'est tenu exclusivement au verbe *possidere*. Dès lors la moisson de textes est fatalement fort médiocre. Elle devient tout de suite abondante dès qu'on se libère de ce point de vue trop étroit et que l'on s'applique à chercher les cas des rapports possessoires, abstraction faite de la terminologie de la procédure qui, établie au prétoire, n'avait guère encore passé dans le langage populaire.

II.

Dans les comédies de PLAUTE les rapports possessoires sont généralement rendus par le verbe *habere*, qui désigne à la fois les cas de détention, les cas de possession proprement dite et les cas de possession du propriétaire.

Voici les cas de détention nettement établis :

Asin., 558 : *argenti viginti minas habesne?*
Cist., 468-469 : *confitemur cistellam habere ;*
Pseud., 1146 : *habesne argentum ab homine?*
Rud., 973 : *non habeo* (scil. vidulum) ;
974 : *habeo ; non habeo ;*
1263 : *hic habet vidulum ;*
1264 : *habeo.*

Les cas de possession sont plus nombreux. Dans ces textes il s'agit généralement de la possession clairement distincte de la propriété *(suum esse)*. On verra que cette distinction est apparente notamment dans l'expression *sibi habere* et dans le passage du *Charançon* 189.

Cist., 415 : *qui illam* (scil. cistellam) *habet ;* (1)

(1) Il y a ici cas de possession, et non pas cas de détention, comme dans le passage cité plus haut *Cist.*, 468-469, car les deux textes ne s'appliquent qu'en apparence à la même matière. En effet, l'esclave Halisca croit la cassette perdue, mais les trouveurs ne se sont point approprié l'objet qu'ils ont soin de garder pour le propriétaire.

Curc., 189 : *sibi quisque habeant, quod suum est ;*
602 : *quae ubi me habere hunc conspicata est anulum ;*
603 : *unde habeam ;*
608 : *unde istunc habeat anulum ;*
635 : *unde illunc habeas anulum ;*
Epid., 29 : *hosteis habent* (scil. arma Stratippocli) ;
442 : *habeas ;*
449 : *habeas licet ;*
Men., 601 : *tibi habere ;*
Merc., 1079 : *sibi habeat... sibi habeat licet ;*
Mil. glor., 932 : *ut concubinam militis hospes habeat hodie ;*
Rud., 1264 : *habeas tibi.*

Il y a en troisième lieu les cas de possession du propriétaire. J'entends par là les cas où la possession est inhérente à la propriété sans cependant que la propriété comme telle soit mise en vedette, les cas où la propriété ne montre, pour ainsi dire, que sa face possessoire.

Amph., 619 : *si haec habet pateram illam ;*
Asin., 88 : *perficito argentum hodie ut habeat filius ;*
Aulul., 502 : *quod nunc habes ;*
503 : *quod nunc habes ;*
504 : *hoc scit me habere ;*
Curc., 495 : *quidquid haec haberet ;*
642 : *pater meus habuit* (scil. anulum) ;
Merc., 77 : *quae tum haberet peperisset bona ;*
336 : *ratus clam patrem meum posse habere* (scil. ancillam) ;
1019 : *quis habeat* (scil. ancillam) ;
Rud., 1135 : *habeas quod di dant boni ;*
Stich., 219 : *quidquid habeo ;*
Truc., 190-191 : *nunc nihil habet ; quod habebat, nos habemus ; iste unc id habet, quod nos habuimus ;*

206 : *dum habeat, tum amet : ubi nihil habeat..;*
522 : *quidquid habet* ;
868 : *aurum habes.*

Si les rapports possessoires trouvent leur expression ordinaire et commune dans les diverses nuances du verbe *habere*, celui-ci n'en est pas l'expression unique. A titre d'exception, çà et là, d'autres termes apparaissent.

Nous rencontrons d'abord le cas de détention rendu par *esse apud me*, dans un texte curieux du *Rudens*, où se trouvent réunies toutes ensemble la détention, deux fois formulée, la possession et la propriété :

Rud., 1264 : *habeo et fateor esse apud me, et, si tuus est, habeas tibi.*

Ensuite, l'acquisition de la possession est quelquefois traduite par *in potestatem pervenire* ou par une terminologie équivalente tout aussi expressive.

Curc., 615 : *unde ad me hic pervenerit :*
Rud., 1247 : *isque in potestatem meam pervenerit* ;
1284-1285 : *si vidulum istum redigissem in potestatem eius.*

Une seule fois la jouissance que donne la possession est nettement résumée dans le verbe *uti* :

Men., 601 : *tibi habe : abfer, utere* (1).

Enfin on lit :

Asin., 451 : *viginti minas meas tractare sese.*

III.

Une question corollaire se pose : quelle est, dans le langage de PLAUTE, la portée du verbe *tenere* en tant qu'il désigne un rapport de droit ? La réponse se dégage facilement d'un certain nombre de textes dont le sens précis ne laisse rien à désirer.

(1) Comp. *Asin.*, 74 : *viginti iam usu 'st filio argenti minis.*

Tenere ou *sibi tenere* signifient régulièrement : accepter (la chose présentée), avec la nuance que l'on est invité à accepter l'objet offert. Appliqués soit à des choses matérielles, telles qu'un sac d'argent (*Pseud.*, 1277), de l'argent compté (*Truc.*, 901), un manteau (*Truc.*, 502), un morceau de pourpre et une fourrure (*Truc.*, 505), une cassette (*Cist.*, 498), une valise (*Rud.*, 1266), soit même à des choses immatérielles, comme un baiser (*Truc.*, 639) ou une poignée de main (*Truc.*, 649), *tene* ou *tene tibi* se traduisent invariablement par « tiens », « accepte » et constituent des équivalents exacts de *abcipe* (*Pseud.*, 1129 ; *Truc.*, 506, 858, 863), *adcipias* (*Epid.*, 441), *abcipias* (*Pseud.*, 1128), *abfer* (*Men.*, 601). Il n'en est pas autrement *Poen.*, 1224, quoique dans ce texte le verbe penche vers le sens de « saisir » *(adprehendere)*.

Une seule fois, cependant, j'ai rencontré le mot *tenere* exprimant l'idée de la possession bien établie et durable : « garder », « conserver » :

Cist., 495 : *quod tuum est, teneas tuum.*

IV.

Pour terminer ces quelques réflexions sur la possession dans l'œuvre de Plaute, j'attire l'attention sur un texte bien connu et souvent commenté qui semble pourtant contenir certaines indications sur la nature de la possession que l'on n'a point encore relevées. Il s'agit de

Rud., 876 e.s. :

Gri., *dominus huic nemo, ne frustra sis,*
nisi ego, nemo gnatu 'st, hunc qui cepi in venatu meo.

Tra. *itane vero? Gri. ecquem esse dices in mari piscem meum?*
quos quom capio, siquidem cepi, mei sunt : habeo pro meis ;
nec manu adseruntur, neque illinc partem quisquam postulat ;

in foro palam onneis vendo pro meis venalibus.
mare quidem commune certo 'st omnibus.

Tra. *ausus etiam comparare vidulum cum piscibus?*
eadem tandem res videtur ! Gri. in manu non est mea?
ubi demisi retem atque hamum, quidquid haesit, extraho :
meum quod rete atque hami nancti sunt, meum potissimum 'st.
Tra. *imo, hercle, haud est, siquidem quod vas excepisti.*
Gri. philosophe !
Tra. *sed tu ne unquam piscatorem vidisti, venefice,*
vidulum piscem cepisse?...
vel te mihi monstrare oportet, piscis qui sit vidulus,
vel, quod in mari non gnatum 'st, neque habet squamas, ne feras.

A la suite d'un naufrage, une valise contenant des valeurs et des objets précieux s'est perdue. Quelque temps après l'esclave Gripus, pêchant en mer, a eu la bonne fortune de rapporter le sac dans ses filets. Au moment où il s'apprête à mettre en sûreté le produit de sa capture, il est surpris par l'esclave Trachalion qui, réclamant sa part du butin et se voyant déçu dans son calcul, s'efforce d'empêcher Gripus de s'approprier l'objet repêché. Alors s'ouvre entre ces deux compères une véritable dispute juridique. Gripus défend la thèse que voici : la mer est *res communis omnium* et tout ce qui est tiré d'elle étant *res nullius*, appartient à l'occupant. Trachalion oppose à cette prétention une double réponse qui peut se résumer comme suit : d'abord une valise perdue n'est jamais *res nullius ;* puis on n'occupe pas des valises comme on occupe des poissons.

C'est cette seconde réponse et la discussion qu'elle provoque qui vont nous intéresser de près. Car elles sont de nature à nous renseigner sur l'idée que le peuple se faisait de la possession à l'époque où PLAUTE écrivit ses comédies. Les arguments

de ces deux avocats d'occasion plaidant chacun sa propre cause ne font, il est vrai, aucune allusion à l'*animus possidendi*, mais ils portent sur la réalisation de l'autre élément de la possession, c'est-à-dire sur la notion fondamentale du *corpus*. On connaît la fameuse controverse qui surgit sur ce sujet, après la mort de SAVIGNY, entre les défenseurs de la conception physique du *corpus*, enseignée par le maître, et les partisans de la nouvelle conception sociale, formulée et propagée par JHERING. Les deux esclaves contendants auraient pu s'appuyer, l'un sur le célèbre ouvrage de SAVIGNY, l'autre sur le traité du *Fondement de la protection possessoire* de JHERING.

En effet, Gripus défend la thèse rigoureuse du *corpus* considéré comme le pouvoir physique exercé sur la chose possédée, pouvoir dès lors identique qu'il s'agisse de poissons ou d'objets naufragés. Est-ce qu'il ne tient pas la chose en mains? *In manu non est mea?* C'est le coup de filet qui donne la possession de tout ce qu'il ramasse :

ubi demisi retem atque hamum, quidquid haesit, extraho, meum quod rete atque hami nancti sunt, meum potissimum 'st.

A cette façon de comprendre les choses l'adversaire répond par une négative très nette : *haud est, si quidem quod vas excepisti*. Le filet et l'hameçon procurent la possession du poisson, mais ne rendent jamais possesseur d'un meuble. Et, en développant cette idée, l'esclave-plaideur s'exprime dans un langage que l'on pourrait intercaler en entier dans les marges de l'ouvrage de JHERING :

ausus etiam comparare vidulum cum piscibus?
tu ne unquam piscatorem vidisti, venefice,
vidulum piscem cepisse?...
te mihi monstrare oportet, piscis qui sit vidulus.

C'est dire que les poissons se prennent au filet, mais non pas les valises. Les filets et les hameçons servent à attraper les poissons et les coquillages, mais ne sont point destinés à capturer des sacs de voyage. L'honnête pêcheur ne s'y trompe

pas et celui qui s'approprie le meuble ramassé par hasard, commet un vol : *furtum ego vidi... ad furem egomet devenio... istuc furtum scio* (859-862) ; *et ipsum sese et illum furti adstringeret* (1166). Le pouvoir physique est sans doute le même dans les deux cas, mais au point de vue social il y a différence radicale et c'est cette différence qui décide de l'existence ou de la non-existence du *corpus* et partant de la possession.

Ces réflexions faites, j'appelle l'attention sur un dernier texte qui lui aussi recevra peut-être quelque lumière de ce qui a été dit :

Aulul., prol. 3-4 : *hanc domum iam multos annos est quum possideo et colo.*

Il est vrai que le sujet de cette possession n'est pas un homme. C'est le dieu lare de la maison, mais ce personnage divin parle visiblement le langage des humains. Pourquoi donc, à ce personnage, voulant marquer sa possession à lui de la maison, le mot *possideo* ne suffit-il pas? Pourquoi juge-t-il utile d'ajouter : *et colo?* Est-ce pour établir que sa possession s'exprime par sa résidence effective? En ce cas, ce texte marquerait plutôt la conception physique de la possession.

J. Van Kan.

CONVENTIONES CONTRA BONOS MORES DANS LE DROIT ROMAIN

PAR

J. DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI

PROFESSEUR DE DROIT ROMAIN A L'UNIVERSITÉ DE VARSOVIE

CONVENTIONES CONTRA BONOS MORES DANS LE DROIT ROMAIN

Encore à l'époque des XII Tables les rapports entre les parties en matière de droit civil ne pouvaient être réglementés valablement qu'au moyen d'un acte solennel *(actus legitimus)*, accompli dans une assemblée du peuple *(comitiis calatis)* et sous son contrôle (1).

Les parties pouvaient, cependant, conclure à tout moment un arrangement amiable *(pacisci)* (2), ce qui garantissait l'une d'elles de la vengeance de l'autre.

Un tel arrangement *(pactum)* ne donnait à la partie qu'un moyen de défense contre l'*actio* de son adversaire, ce qui explique la règle souvent répétée, que le *pactum* ne fait naître qu'une exception, mais ne peut faire naître d'action (3).

Cependant, le pactum étant un accord des parties, il était tout naturel, qu'elles s'efforçassent d'user du *pactum* pour se libérer des liens que leur imposaient les *actus legitimi*, dont le contenu et les effets étaient strictement déterminés par le

---

(1) Voir Koschembahr-Lyskowski, *La codification du droit civil en Pologne et les transformations modernes du droit civil, Themis Polska*, Varsovie, 1924-25, en polonais avec résumé français, publié aussi dans la « Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis ». Revue d'histoire du droit, tome VI, fasc. 1-2, Haarlem, 1925, p. 239 suiv. Encore Paul, dans son commentaire à l'édit du préteur *de pactis conventis*, D. 2, 14, 6 : *Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur.*

(2) Lex XII tab., 8, 2, Festus sous *pacionem*, D. 2, 14, 1, 1. Nous en trouvons une réminiscence au D. 2, 14, 17, 1 : *Quaedam actiones per pactum ipso iure tolluntur : ut injuriarum, item furti ;* probablement aussi au D. 2, 14, 27, 2 : *in stipulationibus jus continetur, in pactis factum versatur ; rel.*

(3) D. 2, 14, 7, 4. 5 ; Paul, *Sent.*, 2, 14, 1 ; C. 2, 3, 10 a. 227 ; C. 5, 14, 1 a. 206.

droit. Le recours à ce procédé pouvait réduire à néant tous les résultats bienfaisants de la réglementation des rapports entre les parties sous le contrôle du peuple entier au moyen d'*actus legitimi*, car la partie plus forte pouvait dans ce pactum exclu du contrôle populaire, imposer sa volonté arbitraire à la partie plus faible. De cette manière, elle pouvait anéantir tous les résultats que les *actus legitimi* créaient dans l'intérêt d'un ordre social rationnel.

Le préteur entreprit donc la tâche de régler la question, en traçant des limites pour le contenu de chaque *pactum*, notamment en prescrivant que le *pactum* ne peut être conclu ni *dolo malo*, ni à l'encontre des dispositions de la loi ou de leur intention.

D 2, 14, 7. 7 : *Ait praetor : Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.*

Il est possible, que le préteur, en publiant l'édit *de pactis*, l'ait relié à la règle de la loi des XII tables (6, 1) *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita jus esto*, en vertu de laquelle les parties pouvaient joindre au *nexum* ou à la *mancipatio* des conventions supplémentaires qui les obligeaient réciproquement (1).

Mais comme parties intégrantes de l'*actus legitimus* solennel, ces conventions étaient évidemment autant sous le contrôle du peuple que l'*actus legitimus* lui-même. Cela explique l'absence de toutes réserves qui eussent mis des restrictions au contenu des *nuncupationes*, jointes au nexum ou à la *mancipatio*.

La date de l'édit *de pactis* ne peut être précisée. Il paraît que les comédies de Plaute n'y font encore aucune allusion (2).

---

(1) Cfr. Puchta, *Institutionen*, II (éd. 10), § 238, p. 197, note q.

(2) Le *pactum* figure dans le sens d'arrangement amiable Capt, 1, 2, 28, *si ullo pacto ille huc conciliari potest*. Voir Costa, *Il diritto privato romano*

Par contre il n'y a aucun doute qu'il existait déjà du temps de Cicéron, car il s'en réfère à la *pacti et conventi formula* (1). Quant aux juristes, l'édit est cité déjà par Trebatius (2) et Labeo (3).

On ne peut, toutefois, s'adjoindre à l'avis que l'édit ait été dès le début intitulé *de pactis et conventionibus* (4), et que par suite il se rapportait également à toutes les conventions, en considérant que l'expression *conventiones* embrasse toutes les conventions des parties et non les pactes seuls (5). C'est chose connue que l'édit a subi des additions postérieures ; le fait qu'une addition pareille put avoir lieu aussi dans notre édit est démontré par les mots *decreta edicta principum* (6), dont l'origine ne peut remonter au temps de Cicéron. Or, notre édit n'avait en vue, à son début, que les *pacta*, ce qui correspond aussi à l'évolution générale des obligations en droit romain (7), ainsi qu'au fait, que les restrictions, portées par notre édit à la liberté des parties, n'ont été appliquées à la *stipulatio* que dans la suite de l'évolution, et

---

nelle comedie di Plauto, 1890, p. 49, sous c. Par contre *convenit* est employé déjà dans le sens de l'accord des parties, probablement comme *ius gentium*. voir Lodge, *Lexicon Plautinum*, Leipsick, 1901, p. 310 sous *convenio* B. Rudens, 1381, évoque la promesse sous serment (1373) et ne peut entrer en considération.

(1) Cicero, *Pro Caecina* 51, *quae iudicia aut stipulationes aut pacti et conventi formula non infirmari ac convelli potest, si ad verba rem deflectere velimus rel.* Cfr. Cicero, *De offic.* 3, 92 c. 24, *pacta et promissa semperne servanda sint, quae nec vi nec dolo malo, ut praetores solent* [*edicere*], *facta sint* ; Cicero, *Ad Attic.* 6, 3, 1, *ex pacto* [*et*] *convento.*

(2) D. 2, 14, 10, 2.

(3) D. 2, 14, 7, 10. 14.

(4) Cfr. Lenel, *Edictum perpet.*, 2me éd., p. 64, note 5.

(5) Ulp. lib. 3 *ad ed.*, D. 2, 14, 1, 3. 4. *Conventionis verbum generale est. Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt : veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem.*

(6) Lenel observe avec raison, *Ed. perp.*, p. 65, note 3, que ces mots ont été probablement transposés plus tard, car ailleurs l'édit du préteur (D. 3, 1, 1, 8 ; D. 4, 6, 1, 1), garde la suite *edicta, decreta principum.*

(7) Cfr. Lyskowski, *l. c.*

très postérieurement à tous les autres contrats, comme il en sera encore question plus bas.

Or, notre édit ne pouvait pas parler de *conventions* en général. S'il en fut ainsi, les actions *ex empto*, *ex locato* et *ex stipulatu* devraient se baser sur cet édit, car tous ces contrats rentrent dans la notion des *conventiones* (D. 2, 14, 1, 4), ce qui serait contraire à tout ce que nous savons sur la base juridique de ces obligations. Il est à noter, que CICÉRON, *Pro Caecina* 51 ne parle pas de *conventio*, mais de *conventi formula*. Selon MERGUET, *Lexicon*, CICÉRON en général n'emploie pas l'expression *conventio*, mais bien celle de *conventum*.

Il s'ensuit que ce n'est qu'à dater d'ULPIEN (D. 2, 14, 1, 3. 4) que notre édit fut appliqué à tous les contrats dans le but d'étendre à tous, les restrictions de la volonté des parties, introduites par l'édit pour le *pactum*.

Or, si notre édit contenait dans sa rubrique encore d'autres mots que celui de *pactum*, cela ne pouvait être que le mot *conventum* ; la teneur de l'édit était donc *de pactis conventis*. Cette supposition trouve un appui aussi chez PROBUS, 5, 14, invoqué par LENEL (1), qui marque *P. C. pactum conventum*. Les juristes classiques emploient aussi souvent l'expression *pactum conventum* (2).

Au cours de l'évolution la doctrine et la jurisprudence ont étendu à la *stipulation* les restrictions de la volonté des parties, introduites par le préteur pour le *pactum*, mais en les formulant avec une certaine modification, notamment : que la stipulation ne peut être contraire ni aux dispositions de la loi, ni aux *bonnes mœurs*.

Iulian. D. 45, 1, 61 *Stipulatio hoc modo concepta* : « *si heredem me non feceris, tantum dare spondes?* » *inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio.*

---

(1) *Ed. perp.*, p. 65, note 1.

(2) G. 3, 179 ; G. 4, 119, in fine, 121 i. f., 122, D. 2, 14, 7, 5, fr. 17, § 5, fr. 27, §§ 2. 4, D. 23, 4, 12, 1 ; encore C. 2, 3, 29,1a. 531.

D. 45, 1, 134 pr. *ex stipulatione — cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam rel.*

C. 8, 38, 4 a. 293. *Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, quia contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, cum omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint.*

La dernière phrase est probablement interpolée, mais cela ne change pas en principe le raisonnement du fragment.

C. 4, 7, 5 a. 294 *ex hujusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones juris auctoritate demonstratur.*

Ma thèse, qu'il s'agit de l'extension à la *stipulatio* de la règle introduite par l'édit pour les *pacta conventa*, et que par conséquent cette extension est postérieure à l'édit, est prouvée par cela que l'édit ne parle que des *pacta* et ne dit rien de la *stipulatio*. Du reste, il le dit presque expressément

Ulp. lib. 4 *ad ed.* D 2, 14, 7, 16 i. f. *et si stipulatio sit interposita de his, pro quibus pacisci non licet, servanda non est, sed omnimodo rescindenda.*

Il en résulte que toutes les restrictions, introduites par le préteur pour les *pacta*, sont appliquées aussi à la *stipulatio*. Donc, les restrictions visant la *stipulatio* s'identifient avec celles créées pour le *pactum*.

Je le fais observer dès à présent, car cela prouve, qu'au lieu de la restriction *neque quo fraus cui eorum fiat* mentionnée dans l'édit, nous en avons une autre qui interdit un accord des parties *contra bonos mores*. Cela nous fera comprendre le sens de l'expression *contra bonos mores*.

Au cours de l'évolution la doctrine et la jurisprudence étendirent à toutes les conventions les restrictions de la volonté des parties introduites par le préteur pour le *pactum*. Il en était ainsi, à ce qu'il paraît, dès Ulpien, comme il s'ensuit de son commentaire à notre édit.

D. 2, 14, 1, 3 *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt rel.*

Il s'agit maintenant d'établir le mode dont l'édit restreignait la volonté des parties. Il distingue expressément trois limites qu'il interdit de franchir, notamment : 1) le *pactum* ne peut être conclu frauduleusement *(dolo malo)*, 2) il ne peut s'opposer aux dispositions de la loi, 3) il ne peut porter atteinte à l'intention d'aucune des dispositions de la loi.

Les deux premières restrictions ne présentent pas de problème important et ne nous intéressent pas actuellement. La troisième, par contre, mérite qu'on s'en occupe.

L'explication de l'édit est donnée surtout par Ulpien et Paul dans leurs commentaires sur l'édit. Le premier traite de la question dans le 4e livre (1), le second dans le 3me (2).

Le sens de la troisième restriction mise à la volonté des parties consiste en ce que le *pactum* ne peut porter atteinte à l'intention d'aucune des dispositions de la loi *(fraus cui eorum)*. Par conséquent, c'est par tout l'ensemble des dispositions de la loi et non par une disposition particulière quelconque que les parties sont liées. Le *pactum* est donc contraire à l'édit par le seul fait qu'il s'oppose, le cas échéant, *aux principes généraux de l'ordre, établi par l'ensemble des dispositions de la loi.*

Il ne s'agit pas de ce qu'une disposition de la loi quelconque défende explicitement tel ou tel pacte — il suffit que le pacte soit contraire à l'intention de l'une d'elles. Il faut remonter de chaque disposition de la loi prise en elle-même au principe général du droit, et c'est ce principe qui doit servir de criterium pour répondre à la question s'il y a ou non *fraus legi* dans le cas donné.

---

(1) Lenel, *Palingenesia*, Ulp. nr. 240-254.

(2) Lenel, *Palingenesia*, Paul. nr. 120-128.

(3) Voir Lenel, *Ed. perp.*, p. 64, notes 6-12.

Ulpien le dit expressément dans un fragment du livre 4 de son commentaire sur l'édit, que Lenel (1) rapporte avec raison à notre édit :

D. 1, 3, 30 *Fraus enim legi fit, ubi quod fieri noluit, fieri autem non vetuit, id fit* : rel. (2).

C'est exprimé plus amplement dans

C. 1, 14, 5 a. 439 *qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem rel.*

C. 1, 2, 10, 1 a. 439 *generaliter, si quid ejusmodi contra jus vel utilitatem publicam in quolibet negotio proferatur, non valeat* (3).

Dans ses commentaires sur l'édit *de pactis* Ulpien examine, quels sont les cas où le *pactum* est conclu *dolo malo* (D. 2, 14, 7, 9 suiv.). Il se pose ensuite la question si la *fraus* peut être comprise dans le *dolus*, en notant (§ 10) que le préteur n'en dit rien *(nihil praetor adicit)*, mais il accepte le point de vue de Labéon qui fait rentrer la *fraus* dans le *dolus (inest enim dolo et fraus)*. Il paraît que dans la suite la commission de codification de Justinien a omis toute une série de paragraphes du commentaire d'Ulpien, car le fragment inséré dans les *Digestes* de Justinien ne contient aucune conclusion quant au texte de l'édit *neque adversus leges — principum*. Puis, dans le § 14 Ulpien examine les cas où le *pactum* porte atteinte à l'intention des dispositions de la loi *(neque quo fraus cui eorum fiat)*, en concluant dans le § 16 que nul est le pactum contraire aux principes généraux de l'ordre établi par le droit *(Et generaliter quotiens pactum a jure communi remotum est, servari hoc non oportet)*.

Les juristes romains se rendaient parfaitement compte de ce que les dispositions particulières de la loi ne pourraient suffire

(1) *Ed. perp.*, p. 64, note 6.

(2) Paul. D. 1, 3, 29. *Contra legem facit, qui id facit quod lex prohibet, in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam ejus circumvenit.*

(3) Par rapport aux fragments cités, cfr. Ivo Pfaff, *In fraudem legis agere*, 1892, p. 132 suiv.

pour garantir la justice dans les rapports entre les individus, car la partie intéressée saurait toujours atteindre son but en se faufilant adroitement dans leur réseau. C'est pourquoi ils mettaient leur soin à élaborer des règles partant de l'ensemble des dispositions de la loi, des règles qu'il est interdit de violer et qui guident le juge dans l'appréciation de chaque cas particulier (1). La même mission est imposée aujourd'hui à la doctrine et à la jurisprudence (2).

Un procédé *contra bonos mores* signifie donc un procédé qui s'oppose aux principes généraux de l'ordre juridique découlant de l'ensemble des dispositions particulières de la loi.

Le fait, que les juristes romains concevaient la restriction de la volonté des parties justement dans ce sens, est prouvé par les exemples qu'ils citent.

La décision du juge, selon laquelle le litige doit être résolu par un serment, ne peut être modifiée par un *pactum* des parties (3).

La convention traitant d'une succession future *(stipulatio de successione futura)* est exclue comme contraire aux principes généraux de l'ordre établi par le droit, comme contraire aux bonnes mœurs.

D. 45, 1, 61 *Stipulatio hoc modo concepta* : « *si heredem me*

---

(1) Cfr. Jörs, *Gesch. der röm. Rechtswiss. z. Zeit der Rep.* 1888, p. 289 suiv.

(2) A. A. Al-Sanhoury, *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle de travail dans la jurisprudence anglaise*, Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, tome 10, Paris, 1925, p. 38 suiv., développe justement l'idée que la réalisation de la justice, en dehors des dispositions particulières de la loi, exige encore l'appui de principes généraux qui serviraient de régulateurs aux premières. Cfr. aussi les conclusions excellentes de Lambert, dans sa préface au bel ouvrage du savant égyptien élevé dans les idées du droit français, p. X suiv. Voir sur l'importance des principes généraux de l'ordre juridique les déductions très précises de Pacchioni, *I principii generali di diritto*, Arch. Giurid., 91, 1924, cfr. R. Pound, *The theory of judicial decision*, Harvard Law Review *XXXVI* (1923), p. 940 suiv.

(3) C. 5, 53, 3 a. 215 (cfr. Consultatio 9, 8).

non feceris, tantum dare spondes?» inutilis est, quia contra bonos mores est haec stipulatio (1).

Des pactes pareils porteraient atteinte au principe général de la liberté de tester.

C. 2, 3, 15 a. 259 *nec libertatem testamenti faciendi potuit auferre* (2).

Les règles concernant la *pars legitima* de l'héritier ne peuvent être modifiées par un *pactum* (3) de même que tous les principes généraux qui portent sur les successions (4).

Ulp. lib. 4 *ad ed.* D. 23, 4, 6 *Pomponius ait maritum non posse pacisci, ut dolum solummodo in dotem praestet, videlicet propter utilitatem nubentium ; rel.*

En principe, la responsabilité de la partie peut être atténuée par convention (5), mais le mari étant selon l'*actio rei uxoriae* responsable de *dolus* et de *culpa*, et la protection des intérêts de la femme *(propter utilitatem nubentium)* étant la *ratio legis*, une atténuation de la responsabilité du mari serait dans ce cas un procédé *in fraudem legis.*

D. 24, 3, 14, 1 *Eleganter quaerit Pomponius libro quinto* (Lenel : sexto) *decimo ex Sabino, si paciscatur maritus, ne in id quod facere possit condemnetur, sed in solidum, an hoc pactum servandum sit? et negat servari oportere, quod quidem et mihi videtur verum : namque contra bonos mores id pactum esse melius est dicere, quippe cum contra receptam reverentiam, quae maritis exhibenda est, id esse apparet.*

L'époux a le droit à être condamné *in id quod facere potest.* Ce privilège s'explique par les égards dus à la mission sociale du lien conjugal (6). L'annulation de ce privilège par voie de

(1) Cfr. C. 8, 38, 4 a. 293.

(2) Cfr. C. 2, 3, 30 a. 531, Girard, *Manuel de droit romain* (5e éd. 1911), p. 444, note 1.

(3) C. 3, 28, 35, 1 (Papinien), a. 531.

(4) C. 2, 3, 15 a. 259.

(5) D. 50, 17, 23.

(6) C. 5, 13, 1, 7 a. 530, *quia hoc aequissimum est et reverentiae debitum maritali rel.*

pactum s'opposerait au principe général de l'ordre juridique qui commande le respect de ce lien, et par là est inadmissible. La fin du fragment *(quippe-apparet)* est peut-être interpolée, ce qui s'explique par le fait qu'au temps de Justinien la notion *contra bonos mores* est déjà rentrée dans le domaine de l'éthique. Mais la décision témoigne par elle-même que POMPONIUS n'admet pas de pacte semblable comme étant en opposition avec les principes généraux de l'ordre juridique.

PAUL. lib. 3 *ad ed.* D. 2, 14, 7 pr. *Si tibi decem dem et paciscar, ut viginti mihi debeantur, non nascitur obligatio ultra decem : re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum sit.*

Le contrat conclu est un prêt. Le caractère essentiel de l'acte ne peut être modifié par les parties au moyen de *pactum* en revêtant le lien juridique qui les unit dans les formes des *contractus innominati.*

Cela serait contraire au principe général de l'ordre juridique selon lequel l'obligation qui naît *re* porte sur l'équivalent de la chose reçue, comme c'est expressément noté par PAULUS malgré la connaissance qu'il a du συνάλλαγμα (1).

Le *pactum* ne peut léser les droits des tiers (2). La responsabilité pour le *dolus* ne peut être écartée par un *pactum (ne dolus praestetur)* (3). Les juristes mettent en relief que des pactes semblables seraient *contra bonos mores*, c. à d. contre les principes généraux établis par le droit.

D. 16, 3, 1, 7 *Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit : nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est.*

Je ne cite que quelques exemples, mais leur nombre pourrait être facilement augmenté (4).

---

(1) D. 19, 5, 5, 1. Cfr. ULP. D. 2, 14, 7, 1. 2.

(2) C. 5, 3, 19, 3 a. 527 (?).

(3) D. 2, 14, 27, 3. D. 50, 17, 23. Cfr. SECKEL, *Handlexikon* (9e éd. 1907), sous *dolus*, b. α.

(4) Cfr. ULP. lib., 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 13-19 ; PAUL. lib. 3 *ad ed.* D. 2, 14, 13, fr. 17, §§ 3-7, fr. 19. 21. 23. 27, D. 45, 1, 134 pr., C. 8, 38, 2 a. 223.

Une conséquence du point de vue que nul est le *pactum* qui s'oppose aux principes généraux de l'ordre juridique, est le point de vue contraire, — notamment que valable est le *pactum* qui ne s'y oppose pas (1).

Les juristes marquent que le *pactum de non petendo* est toujours admissible. C'est, probablement, une réminiscence de la notion primitive du pacte, lorsque *pactum* signifiait un arrangement amiable entre parties, ce qui garantissait l'une d'elle de la vengeance de son adversaire. Mais même dans ce cas-ci ils ont des doutes et font observer que le *pactum de non petendo* lui-même peut être nul, s'il s'oppose aux principes généraux de l'ordre juridique.

Ulp. lib. 4 *ad ed.* D. 2, 14. 7, 14 *Si paciscar, ne operis novi nuntiationem exsequar, quidam putant non valere pactionem, quasi in ea re praetoris imperium versetur : Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat : quae distinctio vera est. et in ceteris igitur omnibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet : nam et de furto pacisci lex permittit.*

Ce fragment est infiniment caractéristique : il témoigne de ce que du temps de Labéon l'individu est déjà absolument libre de disposer de son patrimoine (2). Il n'est nullement question d'une protection sociale du patrimoine individuel — l'élément social a déjà tellement pris le dessus sur l'élément étatique (3).Mais il est évident que l'évocation par la doctrine de la règle des XII Tables, selon laquelle il était permis de contracter un *pactum* même avec un voleur, fait faux chemin, car à cette époque-là le *pactum* ne faisait que protéger le voleur de la vengeance du volé.

---

(1) Cfr. C. 2, 3, 9 a. 222 (bail à colonat partiaire), C. 5, 3, 19 pr. a. 527 (?).

(2) Cfr. D. 2, 14, 21, 3.

(3) Voir Lyskowski, *l. c.* (ci-dessus p. 1, note 1).

En général, les juristes sont d'avis que nul est le *pactum* s'il s'oppose aux principes généraux de l'ordre établi par le droit *(a jure communi remotum)*.

Ulp. lib. 4 *ad ed.* (D. 2, 14, 7, 16). *Et generaliter quotiens pactum a jure communi remotum est, servari hoc non oportet : nec legari, nec jusjurandum de hoc adactum ne quis agat servandum Marcellus libro secundo digestorum scribit : et si stipulatio sit interposita de his, pro quibus pacisci non licet, servanda non est, sed omnimodo rescindenda.*

A ce qu'il paraît, le texte de ce fragment est quelque peu remanié par les compilateurs, mais la justesse de l'idée essentielle est prouvée par sa coïncidence avec les exemples énumérés ci-dessus, où les juristes argumentent sur la nullité du pacte par son opposition aux principes généraux de l'ordre juridique (1). Quant à la fin du fragment, elle provient sûrement de Justinien, ce qui donne un appui à ma thèse que la restriction de la volonté des parties n'a été introduite au début que pour le *pactum*, et que ce n'est qu'au cours de l'évolution qu'elle a été étendue aussi à la *stipulatio*.

Traitant de l'ensemble du problème de l'admissibilité ou de l'inadmissibilité des *pacta*, les juristes observent que dans les rapports entre parties la réglementation de certaines questions est tantôt confiée à la volonté des parties, tantôt soumise exclusivement aux dispositions de la loi.

D. 23, 4, 12, 1. *Ex pactis conventis, quae ante nuptias vel post nuptias interponi solent, alia ad voluntatem pertinent, — alia ad jus pertinent, veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium servatur rel.*

Néanmoins on ne saurait affirmer que la distinction des juristes romains dont il vient d'être parlé coïncidât avec la

(1) Vu cela, aussi l'interpolation de la fin du fr. D. 2, 14, 7, 15, *nec quasi contra juris formam factam non esse servandam*, ne peut être d'une importance décisive.

distinction moderne entre les droits nommés *jus cogens* et *jus dispositivum*, dont le sens est généralement défini de manière que chaque disposition de la loi est considérée comme *jus dispositivum*, si sa qualité contraire de *jus cogens* ne résulte pas de sa teneur ou de son caractère (1). Les juristes romains ne parlent nulle part ni de *jus cogens*, ni de *jus dispositivum* (2), — plutôt disent-ils que certaines questions peuvent être réglées entre parties selon leur volonté, mais tout en soulignant expressément, que l'accord des parties ne peut être contraire, non seulement aux dispositions de la loi, mais aussi aux principes généraux de l'ordre établi par le droit.

Reste à démontrer en détails que la restriction *neque quo fraus cui eorum fiat* a été postérieurement remplacée dans la doctrine par une autre, ayant pour fondement l'idée que l'accord des parties ne peut être *contra bonos mores*.

Ces deux définitions sont-elles équivalentes? La définition *quo fraus cui eorum fiat* équivaut-elle à celle de *contra bonos mores?*

La possibilité d'une réponse affirmative résulte de l'attitude prise par la doctrine, dans cette question. Il est vrai que les juristes, étendant à la *stipulatio* et à tous les autres contrats les restrictions de la volonté des parties établie dans l'édit du préteur pour le *pactum*, soulignent qu'il ne peut être conclu ni frauduleusement *(dolo malo)* (3), ni à l'encontre des dispositions de la loi (4), mais d'ordinaire ils ne font point mention de ce que l'accord des parties ne peut porter atteinte à l'intention des dispositions de la loi *(quo fraus cui eorum fiat)* (5),

---

(1) Voir Windscheid-Kipp, *Pandekten* (9e éd., 1906), I, § 30, p. 126-127.

(2) Cfr. Lyskowski, *l. c.* (ci-dessus p. 1, note 1).

(3) P. ex. C. 2, 3, 8 a. 222 ; C. 2, 3, 17 a. 286 ; C. 2, 3, 29 pr., § 1 a. 531 ; C. 8, 35, 3.

(4) P. ex. C. 5, 13, 1, 16 a. 530.

(5) *In fraudem legis* se rencontre rarement. Voir Ivo Pfaff, *In fraudem legis agere*, 1892, p. 4 suiv.; p. 62 suiv.; p. 104 suiv.

tandis que, généralement, ils notent, que cet accord ne peut s'opposer aux bonnes mœurs (1). Même en parlant des limites qui conditionnent la validité du *pactum*, ils n'opèrent pas, à l'ordinaire, avec la conception du procédé, à l'encontre de l'intention des dispositions de la loi *(quo fraus cui eorum fiat)*, mais disent que le *pactum* ne peut pas être contraire aux bonnes mœurs.

D. 24, 3, 14, 1 (v. ci-dessus, p. 9). Il est vrai, que ce fragment est tiré de l'ouvrage d'Ulpien, *ad Sabinum* et se rapporte par conséquent, au *ius civile*. Aussi est-il possible que le principe, que le *pactum* ne peut être contraire aux bonnes mœurs, prend son origine dans le *ius civile* et que ce n'est que dans la suite que la disposition de l'édit *neque quo fraus cui eorum fiat* fut rattaché à ce principe du *ius civile*. Cela explique pourquoi la doctrine n'en appelle généralement pas à la *fraus legi* pour motiver la nullité du *pactum*, mais s'en rapporte à ce qu'il est contre *bonos mores*.

C. 2, 3, 6 a. 213. *Pacta, quae contra leges constitutionesque vel contra bonos mores fiunt, nullam vim habere indubitati juris est.*

C. 2, 3, 30, 3 a. 531. *Secundum veteres itaque regulas sancimus omnimodo huiusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli et nihil ex his pactionibus observari rel.*

Consultatio 4, 7. *Neque contra bonos mores pacisci possumus rel.*

Quelle est la raison pour laquelle les juristes préfèrent opérer avec la conception *contra bonos mores* plutôt qu'avec celle d'un accord *in fraudem legis?*

Je crois que la solution du problème est dans l'évolution de l'expression *fraus*. Au début *fraus* a la signification de préjudice objectif, et ce n'est que dans la suite qu'il s'y accouple l'élément subjectif, c. à d. la volonté de nuire, le désir de causer un préjudice (2). A l'époque où l'édit parut, l'expression

(1) D. 45, 1, 61, 134 pr. ; C. 8, 38, 4 ; C. 4, 7, 5 (voir ci-dessus p. 4-5).

(2) Voir Pfaff, *l. c.*, p. 65 suiv., p. 83 suiv., p. 156 suiv.

fraus avait encore probablement une signification objective ; cela résulte du texte de l'édit pris dans son ensemble, car la restriction provenant du *dolus malus* est indiquée séparément au commencement de l'édit. Or, lorsque l'expression *fraus* prit une signification subjective, les juristes se virent forcés de l'éviter, car autrement elle aurait pu donner lieu à présumer que *in fraudem legis* n'existe que dans le cas où l'on pourrait imputer à la partie la volonté d'agir à l'encontre du droit. C'est même expressément relevé par

Papinianus D. 50, 17, 79. *Fraudis interpretatio semper in jure civili non ex eventu dumtaxat, sed ex consilio quoque desideratur* (1).

Mais la preuve que *in fraudem legis* comprend une atteinte aux principes généraux de l'ordre juridique qui résultent de l'ensemble des dispositions de la loi est dans la sentence suivante :

Terentius Clemens *libro quinto ad legem Juliam et Papiam* D. 35, 1, 64, 1. *Quod si ita scriptum esset « Si Ariciae non nubserit » interesse, an fraus legi facta esset : nam si ea esset, quae aliubi nuptias non facile possit invenire, interpretandum ipso jure rescindi, quod fraudandae legis gratia esset adscriptum : legem enim utilem rei publicae, subolis scilicet procreandae causa latam, adjuvandam interpretatione.*

Dans ce fragment le juriste déduit des règles de la loi *Julia* et *Papia* au principe général de l'ordre juridique, selon lequel la conclusion des mariages doit être facilitée ; aussi est-il d'avis que celui qui y met un obstacle porte atteinte à ces principes généraux.

Cependant le caractère indécis de la définition *in fraudem legis* forçait la doctrine à en chercher une autre qui rendrait avec plus de précision l'intention de l'édit du préteur *de pactis*

---

(1) Cfr. D. 34, 9, 11 ; D. 49, 14, 3, 1. 2 ; C. 2, 14, 1, 1 a. 400 (*dolo scientes convivent*) ; C. 9, 27, 6 pr. a. 439. Cependant il se rencontre aussi l'expression *fraus* dans le sens objectif : Paulus, D. 21, 1, 44 pr. *ne qua fraus aut edicto aut jure* (Mo. : juri) *civili fieret*. Cfr. Pfaff, *l. c.*, p. 126, note 8.

conventis. Cela explique pourquoi les juristes admettent la nullité du *pactum,* s'il est *contra bonos mores.*

Mais la notion *contra bonos mores* veut-elle dire la même chose que la définition de l'édit *neque quo fraus cui eorum fiat?*

Nous considérons aujourd'hui la conception *contra bonos mores* du point de vue de l'éthique et sommes enclins à y voir une conception plus large, qui embrasse celle de l'atteinte aux principes généraux de l'ordre établi par le droit. Mais tel ne fut pas le point de vue primitif des Romains. Au contraire, chez les Romains le respect de ces principes généraux était considéré comme un devoir civique, et le tort qu'on y portait avait les traits d'une conduite incompatible avec les mœurs d'un bon citoyen, d'une conduite *contra bonos mores.*

La notion *contra bonos mores* se rencontre dans les édits du préteur *de convicio* et *de ademptata pudicitia* (1). En traitant de ces édits les juristes n'évoquent pas des jugements éthiques, mais les mœurs des citoyens romains et les principes généraux de l'ordre établi par le droit.

D. 47, 10, 15, 6 *adversus bonos mores sic accipiendum non ejus qui fecit, sed generaliter accipiendum adversus bonos mores hujus civitatis.*

De même la disposition de l'édit *quod metus causa gestum erit* (2) ne comprend que la *vis* qui est *contra bonos mores,* c. à d. qui est incompatible avec les principes généraux de l'ordre juridique, et non pas la *vis* « *quam magistratus recte intulit, scilicet jure licito et jure honoris quem sustinet* » (D. 4, 2, 3, 1).

La notion *contra bonos mores* remplace donc entièrement celle de l'édit *neque quo fraus cui eorum fiat.*

Cela nous est confirmé par

Paul. Sent. 3, 4 B. § 2. *Condiciones contra leges et decreta*

---

(1) D. 47, 10, 15, 2 et fr. 15, § 15 suiv. Voir Lenel, *Ed. perp.* (2e éd.), p. 386.

(2) Lenel, *Ed. perp.*, § 39, p. 108.

principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti, veluti si uxorem non duxeris rel.

Terentius Clemens D. 35, 1, 64, 1 (ci-dessus p. 13) parle dans ce cas de *fraus legi*, tandis que Paul le définit déjà comme un *agere contra bonos mores*, — donc identifie les définitions *fraus legi* et *contra bonos mores*.

Mais la notion *contra bonos mores* subit également une évolution. Si, au début, cette expression signifie une atteinte aux principes généraux de l'ordre établi par le droit, elle revêt dans son développement postérieur un caractère éthique et embrasse tout ce qui est contraire à la conscience éthique.

Nous ne nous tromperons certainement pas en attribuant cette évolution à l'influence de la philosophie grecque.

Ainsi, Cicéron partage encore le point de vue que *boni mores* sont ceux qui correspondent aux mœurs des citoyens romains, et par conséquent, aux principes généraux de l'ordre établi par le droit romain, mais en considérant ces principes il évoque déjà les aspirations de Platon vers un ordre idéal.

Cicero, *Tusc.* 2, 27 *cum (Plato) optimos mores et optimum rei publicae statum exquireret.*

Dans d'autres considérations Cicéron passe déjà dans le domaine de l'éthique et cherche à adapter les mœurs de ses concitoyens aux règles de l'éthique et de la vertu.

Cicero, *Tusc.* 4, 34 *pleraeque enim quaestiones quae ad vitam moresque pertinent, a virtutis fonte ducuntur.*

Dans ces déductions Cicéron évoque déjà expressément la philosophie grecque.

Cicero, *De fato* 1 *quia pertinet ea pars ad mores, quos* ἦθος *illi vocant, nos eam partem philosophiae, de moribus appellare solemus ; rel.*

En suivant la ligne de cette évolution la doctrine des juristes en vint à la conclusion que la notion *contra bonos mores* comprend tout ce qui est contraire à l'honneur *(turpe)*.

D. 24, 3, 22, 6. *Labeo probat, nonnumquam patri denegandam*

actionem, si tam turpis persona patris sit, ut verendum sit, ne acceptam dotem consumat rel. (1).

L'accord des parties, dont le contenu s'oppose à l'honneur, est nul.

Paul dans son commentaire sur l'édit *de pactis conventis* D. 2, 14, 27, 4 le rattache expressément à l'édit en motivant son opinion par les principes généraux de l'ordre juridique.

Pacta, quae turpem causam continent, non sunt observanda : veluti si paciscar ne furti agam vel injuriarum, si feceris : expedit enim timere furti vel injuriarum poenam rel.

La règle que nulles sont les conventions à contenu contraire à l'honneur est redite maintes fois par les juristes.

D. 45, 1, 26 fr. 27 pr. *Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti : veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat rel* (2).

Il s'ensuit que nulle est une condition qui exige un procédé déshonorant, elle est une *condicio non adscripta.*

Marcellus D. 35, 1, 20 *non dubitamus, quin turpes condiciones remittendae sunt : rel.*

Paul. *Sent.* 3, 4 B § 2. *Condiciones contra leges et decreta principum vel bonos mores adscriptae nullius sunt momenti, veluti si uxorem non duxeris, rel.* (3).

La prohibition d'un procédé déshonorant est donc réunie à celles d'agir à l'encontre des dispositions de la loi et des bonnes mœurs (4).

---

(1) Cfr. les fragments cités par Seckel, *Handlexikon*, sous *turpis.*

(2) Cfr. G. 3, 157 ; D. 45, 1, 19, fr. 97, § 2, fr. 123 ; D. 2, 14, 7, 3 ; D. 11, 5, 4, 1 ; D. 12 5, 3, fr. 4 § 2-4, fr. 8, fr. 9 ; D. 17, 1, 6, 3, fr. 12, § 11, fr.22, § 6 ; D. 18, 1, 35, 2 ; D. 19, 5, 15 (cfr. D. 47, 2, 48, 1) ; D. 27, 3, 5 ; D. 44, 4, 9 ; C. 4, 7, 4, fr. 5 ; C. 8, 37, 9 ; C. 8, 38, 2 ; C. 9, 9, 23, 1 (comparez les fragments énumérés chez Mayr, *Vocabularium Codicis Justiniani*, Prague, 1922, sous *turpis*) ; J. 3, 19, 24 ; J. 3, 26, 7.

(3) Cfr. D. 28, 7, 14 ; D. 29, 1, 29, 2 ; D. 30, 112, 3 ; D. 35, 1, 71, 1 ; D. 36, 1, 65, 7 ; C. 6, 25, 5, 1. 2 a. 257.

(4) Vers la même opinion incline Pfaff, *l. c.* 125.

MARCIAN, D. 30, 112, 3. *Si quis scripserit testamento fieri, quod contra jus est vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid vel contra edictum praetoris vel etiam turpe aliquid* (1).

L'évolution a trouvé son expression définitive dans la thèse célèbre de

PAP. D. 28, 7, 15 *nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est* (2).

Il n'y a aucune raison de supposer que le fragment soit interpolé. Le style est du pur PAPINIEN (3). « *Generaliter* » lui vient maintes fois sous la plume (4). Qu'il ait été Syrien (5) ou Africain (6), une chose est, paraît-il, établie c'est qu'il se connaissait en philosophie de l'Orient, de même que son grand précurseur, l'Africain JULIEN (7).

Le résultat final de l'évolution dans le droit romain se présente donc sous l'aspect suivant : *les conventiones contra bonos mores embrassent tous les accords des parties qui portent atteinte soit aux principes généraux de l'ordre juridique découlant de l'ensemble des dispositions particulières de la loi, soit à nos sentiments éthiques.*

Si la définition de la première des conditions dont dépend le caractère vicieux du pacte est une définition strictement

---

(1) Cfr. D. 35, 1, 71, 2, C. 4, 7, 5 a. 294. Sur le rapport du droit romain à l'égard des règles de la morale, voir LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag*, 1896, p. 11 suiv. et p. 117 suiv.

(2) Qu'il s'agit ici de principe du droit, et non d'une phrase sans valeur nous est garanti par la personne même de l'éminent juriste. Voir auss LEIPOLD, *Ueber die Sprache des Juristen Aemilius Papinianus*. Passau, 1891, p. 1, note 4.

(3) Voir LENEL, *Paling, Papinian.*

(4) D. 22, 1, 5, D. 34, 4, 3, 9, D. 36, 1, 57 pr., « *generatim* », D. 50, 17, 78.

(5) P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen u. Litteratur des röm. R.*, 2e éd., 1912, p. 220, note 60, p. 224, note 84.

(6) LEIPOLD, *l. c.*, p. 27 suiv. Cfr. P. KRUEGER, *l. c.*, p. 224, note 84.

(7) Cfr. LEIPOLD, *l. c.*, p. 28, note 1, p. 44 suiv.; P. KRUEGER, *l. c.*, p. 222.

juridique, qui maintient la concordance entre toutes les dispositions particulières de l'ordre établi par le droit, celle de la seconde est plus large, et apparaît comme un *facteur créateur* qui aiguillonne l'évolution du droit vers des conceptions toujours plus élevées.

Un coup d'œil jeté sur les législations modernes nous fera voir, que la plus rapprochée du droit romain est la *législation française*, dont le *Code civil* prescrit :

Art. 6. *On ne peut déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.*

Si nous entendons sous l'ordre public l'ensemble de tous les principes généraux de l'ordre établi par le droit qui découle à son tour de l'ensemble des dispositions particulières, le point de vue du droit français s'identifiera avec celui du droit romain. Mais il est évident qu'il faut alors admettre que « l'ordre public » est incompatible avec tout ce qui porte atteinte aux principes généraux de l'ordre juridique dont il vient d'être parlé (1).

Si, par conséquent, le travail et sa juste rémunération jouissent dans cet ordre d'une protection spéciale, une convention qui exploiterait le travail porterait atteinte aux principes généraux de l'ordre juridique, même si dans le cas échéant elle ne s'opposerait pas à une disposition explicite de la loi. La provocation d'une grève sans justes raisons est aussi une atteinte à ces principes ; il est évident, toutefois, qu'il doit

(1) COLIN et CAPITANT ont raison de la mettre en relief dans leur *Cours de droit civil français*, 2e éd., Paris, 1920, t. II, p. 162. Belles conclusions chez MOHAMED ABDULLAH EL-ARABY, *La conscription des neutres dans les luttes de la concurrence économique*, Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, tome 8 (dans tome 3, de la *Série des Décisions régulatrices de la politique du travail et du commerce des juges anglais*) Paris, 1924, p. 253 : « C'est cet arrêt qui, pour la première fois, a nettement défini la distinction entre la méthode de travail judiciaire qui consiste à faire appel aux considérations d'ordre public ou de *public policy* — c'est-à-dire à l'esprit de l'ensemble des lois existantes ou du système juridique en vigueur — et le procédé d'interprétation d'un texte législatif particulier », etc.

exister une instance (p. ex. une commission d'arbitrage) qui aurait à statuer si la grève a été provoquée vraiment avec raison ou non. Mais cette question dépasse les limites de la présente étude (1).

La restriction de la volonté des parties par les bonnes mœurs est en droit français un facteur créateur, qui pousse à l'introduction de nouvelles règles séparées qui élèvent l'ordre juridique à un niveau éthique de plus en plus élevé. Cette tendance au perfectionnement éthique permet, p. ex., de lutter contre la lésion des intérêts du prochain au moyen de l'art. 6, même avant que la législation ait tranché la question, en la revêtant de l'armure d'une disposition spéciale strictement déterminée (2).

J. DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKI.

(1) La jurisprudence américaine s'efforce de résoudre ce problème important d'un autre point de vue. Voir LAMBERT et H. C. BROWN, *La lutte judiciaire du capital et du travail organisés. Le boycottage, le picketing et la grève de sympathie en tant qu'instruments du contrat collectif du travail et de la boutique syndiquée*, Bibliothèque de l'Institut de droit comparé de Lyon, tome 6, Paris, M. Giard, 1924.

(2) Voir les déductions excellentes de G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, Paris, 1925, surtout p. 5 suiv., p. 67 suiv.

DE LA SITUATION JURIDIQUE DU PROPRIÉTAIRE QUI DEVIENT PAR ERREUR LOCATAIRE DE SON PROPRE FONDS

PAR

† E. LEFÈVRE

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE LYON

DE LA SITUATION JURIDIQUE DU PROPRIÉTAIRE QUI DEVIENT PAR ERREUR LOCATAIRE DE SON PROPRE FONDS (1).

« A celui qui ne sait rien produire qui lui
« soit propre, la possession offre le lieu de
« dépôt le plus commode pour ses idées
« malsaines, et dans aucun autre domaine
« les opinions et les théories ne s'écartent
« autant les unes des autres. On pourrait
« l'appeler le jouet que la fée du droit a
« mis dans le berceau de la doctrine pour
« l'aider à se reposer en s'amusant de son
« rude travail ; c'est une figure de caout-
« chouc à laquelle elle peut donner toutes
« les formes qui lui viennent à l'esprit. »

DE JHERING, *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*, III, *Du rôle de la volonté dans la possession*, traduction DE MEULENAERE, Paris, 1891, p. 240.

Il peut paraître audacieux d'aborder, après un tel jugement porté par un maître comme DE JHERING, l'un des points les plus délicats de la matière de la possession (2).

---

(1) Cet article est l'œuvre posthume d'Eugène Lefèvre, professeur d'histoire du droit à l'Université de Lyon, enlevé prématurément à la Science du Droit qu'il avait déjà honorée, en dehors de son enseignement, par des travaux de la plus haute valeur : « *Du rôle des tribuns de la plèbe en procédure civile* », « *Les avocats du Roi depuis les origines jusqu'à la Révolution* », deux thèses de doctorat soutenues à la Faculté de droit de Paris respectivement en 1910 et 1912.

(2) L'auteur qui a traité avant nous avec le plus de développement la question qui fait l'objet de cet article est M. DUQUESNE, dans sa thèse sur la *Distinction de la possession et de la détention en droit romain. Son fondement historique et son criterium*, thèse droit, Paris, 1898, pp. 233-244. Cette thèse a été trop peu utilisée par les auteurs qui se sont ensuite occupés de la pos-

Nous ne le ferions pas si nous n'étions pas convaincu que la possession a ses règles précises, comme toutes les autres matières du droit. A notre sens, DE JHERING n'a pu émettre la proposition ci-dessus que parce qu'il s'est contenté d'un examen très superficiel des différentes hypothèses autour desquelles roulent les principales controverses.

Toute théorie d'ensemble de la possession doit être à notre avis différée tant que chacune des hypothèses en question n'aura pas été étudiée à fond.

Nous allons dans ce but envisager la situation juridique du propriétaire qui devient par erreur locataire de son propre fonds (1). C'est pour DE JHERING le cas type d'acquisition de

---

session. Nous renvoyons à cette thèse pour toute la bibliographie antérieure. Après elle, il n'y a plus guère à signaler, comme donnant quelques indications nouvelles, que l'ouvrage de SIBER, *Die Passivlegitimation bei der Rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz*, Leipzig, 1907, pp. 61-64, 104-109, 135. — On pourra se reporter aussi à l'exposé sommaire de VERMOND, *Théorie générale de la possession en droit romain*, Paris, 1895, p. 102, et de CORNIL, *Traité de la possession dans le droit romain pour servir de base à une étude comparative des législations modernes*, Paris, 1905, pp. 43, 45-46. — Par contre, le texte de JAVOLENUS, qui pose la question, n'ayant été mis en relief que par DE JHERING, il ne faut pas s'étonner de ne trouver chez SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, traduction STAEDTLER, 3me édition, Paris, 1879, p. 24, n. 2, à propos de ce texte, qu'une simple citation pour appuyer l'impossibilité juridique d'être soi-même locataire de sa propre chose.

(1) Les développements qui vont suivre s'appliquent aussi d'une façon générale à quiconque devient, par erreur, locataire de sa propre chose, qu'il s'agisse de meuble ou d'immeuble. Si nous ne mentionnons dans notre titre que le propriétaire qui devient par erreur locataire de son propre fonds, c'est d'abord parce que c'est le cas prévu par JAVOLENUS, dans l'un des textes qui servent de base à cette étude. C'est ensuite parce que la protection possessoire est pratiquement beaucoup moins importante pour les meubles que pour les immeubles. V. sur ce point, DE JHERING, *Du rôle de la volonté dans la possession*, traduction DE MEULENAERE, pp. 110-112 ; CORNIL, *Traité de la possession*, pp. 393-396. — Nous ne parlerons pas bien entendu des cas où le propriétaire peut devenir sciemment locataire de sa propre chose, ce qui arrive dans une location portant exclusivement sur la possession que n'a pas le propriétaire, et ce qui arrive également dans l'hypothèse d'une location faite de sa chose par un propriétaire pour en opérer tradition au bailleur par la voie du constitut possessoire. Sur l'hypothèse de la *conductio*

la possession sans *animus possidendi* (1). C'est celui que la plupart des auteurs reconnaissent comme le plus probant en faveur de sa thèse de l'identité d'*animus* chez le possesseur et le détenteur (2).

Cette étude ne saurait être mieux placée que dans un recueil de *Mélanges* publiés en l'honneur du maître, dont le *Traité de la Possession* a si bien dégagé l'importance des idées romaines sur la possession au point de vue du droit comparé moderne (3).

---

possessionis, v. SAVIGNY, *Traité de la possession en droit romain*, traduction STAEDTLER, 3me édition, Paris, 1879, p. 24, n. 4 ; UBBELOHDE, dans GLÜCK, série des livres 43 et 44, V, Erlangen, 1896, pp. 104-105. Pour le constitut possessoire, v. CORNIL, *Traité de la possession*, pp. 144-145. V. aussi CUJAS, sur la loi 20 au Code, 4, 65, édition de Lyon, 1614, III, pp. 431-432.

(1) DE JHERING, *op. cit.*, p. 297.

(2) V. surtout WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandecktenrechts*, 9me édition, I, Francfort-sur-le-Mein, 1906, § 148, p. 740, n. γ. Cf. aussi DUQUESNE, *op. cit.*, p. 244 ; BARON, *Zur Lehre vom Besitzwillen, Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts, Jahrbücher de Jhering, Neue Folge*, XVII, Iéna, 1890, pp. 200-201 ; BARON, *Noch einmal der Besitzwille, Jahrbücher de Jhering, Neue Folge*, XVIII, 1891, p. 198. — Cependant, BARON considère comme plus décisif en faveur de DE IHERING, le fameux texte de PAPINIEN, *D.*, 41, 3, *de usurp. et usuc.*, 44, 4, sur le fils de famille ignorant la mort de son père, qui est réputé avoir commencé l'usucapion et par suite avoir possédé pour lui, dès le moment de sa prise de possession, à une époque par conséquent où il ne savait pas encore qu'il était *pater familias* et qu'il pouvait acquérir pour son propre compte. Ce texte nous paraît cependant fournir un argument beaucoup moins fort à DE JHERING, que celui de JAVOLENUS. En effet, il est tout naturel de supposer chez le fils de famille qui acquiert une chose en l'absence de son père l'intention conditionnelle de l'acquérir pour lui-même au cas où son père serait déjà décédé. Cette explication a été donnée par SALEILLES, *Etude sur les éléments constitutifs de la possession, Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, années 1893-1894, nº 99, pp. 162-163, du tirage à part, pour l'hypothèse voisine du fils de famille qui acquiert pendant la captivité de son père (PAPINIEN, au même fr., *D.*, 41, 3 *de usurp. et usuc.*, 44, 7). Le raisonnement convient à notre avis d'une façon générale à tous les cas d'absence. Nous ne saurions dans ces quelques pages entreprendre une discussion complète de la thèse de DE JHERING sur l'identé de l'*animus* du possesseur et du détenteur. Nous renvoyons à la critique posthume de WINDSCHEID, *op. cit.*, I, § 148, n. 4*a*, pp. 736-742. Parmi les manuels, consulter surtout CUQ, *Les Institutions juridiques des Romains*, II, Paris, 1902, p. 209 ; *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917, p. 312.

(3) CORNIL, *Traité de la possession dans le droit romain pour servir de base à une étude comparative des législations modernes*, Paris, 1905.

Puisse seulement cette étude ne pas être trop indigne de celui que nous voulons honorer !

I.

Le texte fondamental sur la question qui nous occupe est un texte de JAVOLENUS, *libro sexto epistularum*, *D.*, 41, 3, *de usurpationibus et usucapionibus*, 21 (1).

Dans ce texte, JAVOLENUS envisage l'hypothèse d'une location passée par le propriétaire d'un fonds de terre avec un possesseur qui était en train d'usucaper *pro herede* contre lui. Ce possesseur joue naturellement dans le contrat le rôle de bailleur et le propriétaire celui de locataire.

Le texte envisage également le cas d'une vente passée dans les mêmes conditions entre un vendeur, simple possesseur en voie d'usucaper *pro herede*, et un propriétaire, qui achète par erreur son propre fonds. Nous n'insisterons pas sur cette partie du texte, qui est en dehors de notre sujet.

Pour l'hypothèse d'une location faite par erreur par le propriétaire, deux questions étaient posées au jurisconsulte :

1° La location est-elle valable ?

2° Si la location est nulle, le bailleur continue-t-il néanmoins d'usucaper par l'intermédiaire de son pseudo-locataire ?

---

(1) JAVOLENUS, 6 *epist.*, *D.*, 41, 3, *de usurp. et usuc.*, 21, LENEL, 98 : « *Ei, a quo fundum pro herede* [*diutius possidendo*] *capturus eram, locavi eum : an ullius momenti eam locationem existimes, quaero : quod si nullius momenti existimas, an durare nihilo minus usucapionem ejus fundi putes. item quaero, si eidem vendidero eum fundum, quid de his causis, de quibus supra quaesii, existimes. respondit : si is, qui pro herede fundum possidebat, domino eum locavit, nullius momenti locatio est, quia dominus suam rem conduxisset : sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit, ideoque* [*longi temporis praescriptio*] *non duravit. In venditione idem juris est, quod in locatione, ut emptio suae rei consistere non possit.* » — Il va de soi qu'il faut remplacer dans le texte, comme le propose LENEL, *Palingenesia*, I, p. 290, n. 1 et n. 2, la mention de la *longi temporis praescriptio* par celle de l'usucapion, et l'expression *diutius possidendo* par *usu*. JAVOLENUS, contemporain de Trajan, n'a pas pu parler de la *praescriptio longi temporis*.

A la première de ces deux questions, le jurisconsulte répond très simplement : « Le bail est nul. Un propriétaire ne peut pas être locataire de sa propre chose ».

La deuxième réponse n'est pas moins nette : « Le bail étant nul, toutes les clauses du bail sont nulles, y compris celle qui est de style dans tout bail et par laquelle le bailleur retient la possession. Le bailleur n'a donc pas retenu la possession. Son usucapion est interrompue (1) ».

Il résulte de ce texte, pour qui le lit sans idée préconçue, que notre pseudo-locataire, que nous appellerons désormais pour la simplicité le propriétaire-locataire, est devenu possesseur. C'est donc bien là un cas d'acquisition de possession sans *animus* dirigé spécialement vers la possession. Notre pseudo-locataire a seulement l'intention d'acquérir la détention, et il devient néanmoins possesseur.

Cette interprétation est d'ailleurs tout à fait conforme à l'opinion émise par AFRICAIN, au livre sept de ses *Quaestiones*, *D.*, 41, 2, *de a. v. a. p.*, 40, 3 (2).

Envisageant dans ce passage le cas où le propriétaire d'un esclave le dérobe clandestinement à un acheteur de bonne foi, AFRICAIN fait dire à son maître JULIEN que le propriétaire n'est pas considéré pour cela comme possesseur clandestin. Il triomphera donc sur l'interdit possessoire, c'est-à-dire sur l'interdit *utrubi* intenté contre lui par l'acquéreur de bonne foi.

---

(1) Le texte ne soulevant pas de difficulté de traduction, nous avons pu nous dispenser de donner une version littérale. Celle que nous présentons rend plus saisissante l'argumentation de notre auteur. Au reste, on trouvera une traduction très exacte dans VERMOND, *op. cit.*, pp. 102-103.

(2) AFRICAIN, 7 *quaest.*, *D.*, 41, 2, *de a. v. a. p.*, 40, 3, LENEL, 72 : « *Si servum meum bonae fidei emptori clam abduxerim, respondit non videri me clam possidere, quia neque precarii rogatione neque conductione suae rei dominum teneri et non posse causam clandestinae possessionis ab his duabus causis separari.* » — On sait que les *quaestiones* d'AFRICAIN sont principalement un recueil de décisions de JULIEN. V. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7me édition, Paris, 1924, p. 67, n. 5 ; CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, Paris, 1917, p. 36, n. 1.

Ce qui est plus intéressant pour nous dans le texte, c'est l'explication donnée par le jurisconsulte de cette solution. Il raisonne en effet par analogie avec ce qui arrive dans l'espèce d'un précaire ou d'une location obtenus par le propriétaire de la chose faisant l'objet du précaire ou du bail. Le propriétaire ne peut pas plus posséder clandestinement sa propre chose qu'il ne peut la tenir à bail ou à précaire. Le propriétaire qui devient locataire ou précariste de sa propre chose n'est pas tenu à raison du précaire ou du bail. Il échappe à l'interdit *de precario* et à l'action *locati*.

En outre, puisqu'Africain admet d'après Julien que la question de propriété peut être débattue à l'occasion de l'interdit *utrubi*, il n'y a aucune raison d'appliquer un principe différent aux autres interdits possessoires. Le propriétaire-locataire pourra donc repousser par son droit de propriété l'interdit *uti possidetis* s'il s'agit d'immeuble, et l'interdit *utrubi* s'il s'agit de meuble. Il pourra même intenter directement l'interdit *uti possidetis* ou l'interdit *utrubi* suivant les cas, en se fondant sur sa propriété (1).

Le texte d'Africain sert ainsi de complément au texte de Javolenus et confirme l'interprétation que nous avons donnée de ce dernier. On pourrait également citer dans le même sens un texte de Julien, 13 *dig.*, *D.*, 16, 3, *dep.*, 15 (2). Par suite, Javolenus, Julien et Africain ont sur ce point la même opinion. Ils considèrent tous les trois notre propriétaire-locataire comme un possesseur.

---

(1) En ce sens, Baron, *Jahrbücher de Jhering*, XVII, 1891, p. 202 ; Duquesne, *op. cit.*, pp. 237-238. — Cela n'est pas contraire au principe de la séparation du possessoire et du pétitoire. En effet, malgré la mise en cause du droit de propriété au cours des débats, la sentence rendue sur l'interdit ne concerne que la possession et laisse entière la question de propriété.

(2) Julien, 13 *dig.*, *D.*, 16, 3, *dep.*, 15, Lenel, 210 : « *Qui rem suam deponi apud se patitur vel utendam rogat, nec depositi nec commodati actione tenetur : sicuti qui rem suam conducit aut precario rogat, nec precario tenetur nec ex locato.* »

S'il n'y avait que ces trois textes, le doute ne serait pas permis. La thèse de DE JHERING serait vérifiée. Pas de différence à établir quant à l'*animus* entre le possesseur et le détenteur.

La difficulté vient de l'opposition qui existe entre ces textes et un rescrit des empereurs DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN de l'année 293, inséré au Code de JUSTINIEN, 4, 65, *de locato*, 25 (1).

Ce texte est relatif à un locataire qui, poursuivi en restitution à la fin du bail, refuse cette restitution en se fondant sur son droit de propriété. C'est donc tout à fait l'espèce prévue par JAVOLENUS. Il s'agit là nécessairement d'un propriétaire qui est devenu locataire de son propre fonds ou de sa propre chose, par suite de l'ignorance où il était, au moment du bail, de son droit de propriété. Or, les empereurs décident qu'il doit restituer avant tout débat sur la propriété. C'est seulement après cette restitution qu'il pourra intenter, s'il le veut, l'action en revendication.

Il ressort manifestement de ce texte qu'aux yeux des empereurs notre propriétaire-locataire n'est plus possesseur. S'il est obligé de restituer, c'est en effet qu'il n'est couvert par aucun moyen de protection possessoire, par aucun interdit.

Ce texte a attiré à juste titre l'attention des partisans et des adversaires de DE JHERING. Les premiers ont essayé de montrer que, malgré les apparences contraires, la constitution citée du Code était en parfait accord avec notre texte de JAVOLENUS. Les contradicteurs de DE JHERING ont au contraire essayé de montrer que la constitution 25, d'ailleurs conforme à la thèse traditionnelle (2), était la véritable expression du droit

---

(1) DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN (293), C. 4, 65, *de locato*, 25 : « *Si quis conductionis titulo agrum vel aliam quamcumque rem accepit, possessionem debet prius restituere et tunc de proprietate litigare.* »

(2) En refusant au propriétaire-locataire les avantages pratiques de la possession, notre constitution 25 est en parfait accord avec tous les commen-

romain. En conséquence, d'après ces derniers, il fallait s'en tenir à cette constitution, et refuser la possession au propriétaire qui devient par erreur locataire de son propre fonds.

Mais, si la constitution 25 était embarrassante pour la théorie de DE JHERING, le texte de JAVOLENUS ne l'était pas moins pour les partisans de la théorie traditionnelle.

Aussi, les adversaires de DE JHERING ont-ils essayé de donner au texte de JAVOLENUS une application conforme à la théorie de l'*animus possidendi*.

II.

Il est tout d'abord une observation qui a été faite par certains partisans de DE JHERING, en particulier par UBBELOHDE. JAVOLENUS dit bien que le bail est nul et que par suite le bailleur perd la possession. Toutefois, il ne dit pas que cette possession est acquise au pseudo-locataire (1).

En présence de la constitution 25, au Code, 4, 65, il faut donc lui dénier cette possession.

C'est en vain que BARON essaye d'affaiblir la portée de notre constitution 25 en l'expliquant par des considérations purement procédurales. Une telle explication est insuffisante d'après UBBELOHDE. La règle de la constitution 25 ne tire pas sa raison de la procédure. C'est, au contraire, une règle fondée sur l'équité.

Il serait en effet injuste de donner la possession au propriétaire à cause de la location qu'il a faite par erreur. Ce serait

---

tateurs antérieurs à DE JHERING, qui tous, depuis les glossateurs, exigent chez le possesseur un *animus possidendi*, quand ils n'exigent pas de lui un *animus* plus ou moins voisin de l'*animus domini*. V. DUQUESNE, *op. cit.*, pp. 35-133, et le tableau synoptique des pages 134-135, pour l'histoire dogmatique de la distinction de la possession et de la détention chez les interprètes du droit romain depuis la Paraphrase jusqu'à la théorie de DE JHERING.

(1) UBBELOHDE, GLÜCK, *Série des livres* 43 *et* 44, V, § 1850, n. 40, pp. 529-530.

ainsi fournir le moyen à ce propriétaire, en cas de contestation sur les titres invoqués par lui, de renverser à son profit le fardeau de la preuve en s'assurant avec la possession le rôle de défendeur dans la revendication.

Et il faut bien reconnaître qu'il y aurait eu là, si telle était bien la portée du texte de JAVOLENUS, un procédé assez commode de se mettre en possession pour tous ceux qui pouvaient émettre des prétentions à la propriété.

Il reste bien, il est vrai, le texte d'AFRICAIN (1), tout à fait conforme à notre avis à celui de JAVOLENUS. UBBELOHDE s'en débarrasse en disant qu'il ne vise pas la même hypothèse.

Chez AFRICAIN, il s'agit seulement pour le propriétaire de repousser par son droit de propriété l'*exceptio clandestinae possessionis* de l'interdit *utrubi*. Chez JAVOLENUS, dans le sens où l'interprète DE JHERING, il s'agirait pour le propriétaire locataire de repousser directement l'action du bailleur en invoquant sa propriété (2).

On pourrait aussi être tenté de réduire la portée du texte de JAVOLENUS en faisant intervenir ici une dissociation des éléments de la possession, analogue à celle qui se produit dans la matière du gage. Le débiteur qui constitue le gage perd tous les avantages de la possession *(possessio ad interdicta)*, mais continue d'usucaper *(possessio ad usucapionem)*.

Le créancier gagiste, au contraire, acquiert la *possessio ad interdicta*, mais non la *possessio ad usucapionem* (3).

De même, pourrait-on dire, JAVOLENUS, consulté seulement sur la question de savoir si l'usucapion continuait au profit du

---

(1) V. ce texte *suprà*, p. 5.

(2) UBBELOHDE, *op. cit.*, § 1850, n. 40 *in fine*, pp. 530-531.

(3) JAVOLENUS, *D.*, 41, 3, *de usurp. et usuc.*, 16. V. à propos de ce texte, sur la nature de la possession du créancier gagiste, CUQ, *Recherches sur la possession à Rome sous la République et aux premiers siècles de l'Empire*, *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, janvier-février 1894, nº 35, pp. 49-50, du tirage à part. V. aussi CORNIL, *op. cit.*, pp. 65-66 ; VERMOND, *op. cit.*, nº 95, pp. 319 et ss.

bailleur, n'a envisagé dans sa réponse que la possession *ad usucapionem*. C'est cette dernière seulement qu'il déclare perdue pour le bailleur. Rien ne force d'admettre que sa solution ait englobé les autres avantages de la possession, et qu'il ait fait passer la protection possessoire au pseudo-locataire.

Avec cette explication, il n'y a plus antinomie, mais il y a au contraire parfaite concordance entre le texte de JAVOLENUS et la constitution 25 (1).

Mais, en même temps, le texte de JAVOLENUS perd toute sa valeur pour l'argumentation de DE JHERING. Il ne contredit pas la nécessité chez le possesseur d'un *animus possidendi*, distinct de celui du simple détenteur.

Voyons maintenant les conciliations des deux textes proposées dans le sens de la théorie objective de DE JHERING.

III.

Nous n'en retiendrons ici que deux, qui seules nous paraissent mériter l'examen (2).

La première émane de BARON (3) et a été développée avec beaucoup de relief par SALEILLES (4). La deuxième a été présentée par M. DUQUESNE (5).

---

(1) A notre connaissance, cette conciliation, qui vient cependant d'elle-même à l'esprit, n'a encore été présentée par personne.

(2) C'est ainsi que nous ne nous attarderons pas plus que WINDSCHEID, *op. cit.*, II, p. 739, n. 18, à examiner les systèmes anciens qui limitent l'application de la constitution 25 aux cas où le locataire a acquis la propriété après la conclusion du bail. Cette restriction, comme le fait observer WINDSCHEID, ne repose sur aucun texte, et on ne voit quelle raison juridique aurait pu la justifier. Il est cependant curieux de constater que l'erreur de ces auteurs s'explique peut-être par une phrase malheureuse du président FAVRE, dans ses *Rationalia*, sur ULPIEN, 32 *ad edictum*, 6, édition de Lyon, 1663, III, p. 495 : « *Non erit audiendus conductor, si restitutionem recuset praetextu dominii medio tempore sibi acquisiti.* »

(3) BARON, *op. cit.*

(4) SALEILLES, *Etude sur les éléments constitutifs de la possession*, *Revue bourguignonne de l'Enseignement supérieur*, années 1893-1894, n° 99, pp. 163-167, du tirage à part.

(5) DUQUESNE, *op. cit.*, pp. 233-244.

BARON insiste tout d'abord sur la nécessité d'attribuer la possession au propriétaire-locataire de JAVOLENUS, bien que celui-ci ne se soit pas exprimé clairement sur ce point. Si le propriétaire n'acquérait pas la possession, le fonds n'aurait plus de possesseur. Il ne s'ensuivrait pas sans doute que, aussi longtemps que la véritable situation ne fût découverte, le pseudo-locataire et le bailleur ne puissent se défendre utilement contre les troubles ou les expulsions des tiers. Mais, il faut avouer que la situation serait bien délicate si les troubles ou l'expulsion se produisaient avant l'établissement du droit de propriété du pseudo-locataire. Le propriétaire-locataire a donc la possession d'après JAVOLENUS (1).

Quant à la constitution 25, BARON ne lui attribue qu'une valeur purement procédurale (2).

Les empereurs avaient établi une séparation absolue entre l'instance au possessoire et l'instance au pétitoire (3). La question de possession devait toujours être tranchée la première avant la question de propriété.

Or, dans l'hypothèse du propriétaire devenu par erreur locataire de sa propre chose, il ne pouvait pas en être ainsi.

La question de possession et la question de propriété étaient là étroitement enchevêtrées. La possession du pseudo-locataire était basée sur son droit de propriété (4).

Si l'on voulait éviter dans cette espèce que les deux questions ne chevauchent l'une sur l'autre, il fallait donc enjoindre

---

(1) BARON, *Jahrbücher de Jhering*, *Neue Folge*, XVII, 1890, pp. 200-201.

(2) BARON, *Jahrbücher de Jhering*, *Neue Folge*, XVIII, 1891, pp. 198-203.

(3) BARON, *loc. cit.*, argumente de *C.*, 8, 1, *de int.*, 3, DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN (293) : « *Incerti juris non est orta proprietatis et possessionis lite prius possessionis decidi oportere quaestionem competentibus actionibus, ut ex hoc ordine facto de dominii disceptatione probationes ab eo qui de possessione victus est exigantur. Interdicta autem licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent, tamen ad exemplum eorum res agitur.* » — Ce texte est un rescrit qui, ainsi que le fait remarquer très justement BARON, *op. cit.*, p. 199, précède de deux jours la constitution 25, qui est également un rescrit.

(4) BARON, *op. cit.*, p. 200.

au propriétaire de restituer tout de suite et avant tout débat, dès qu'il était actionné en restitution par le bailleur.

C'est donc ici une simple règle de procédure, qui empêche le propriétaire de jouir de la protection possessoire à laquelle il a droit. Mais, cette possession n'est pas entamée par la constitution 25. Et d'ailleurs, cette constitution introduit une innovation, comme le prouve la parfaite concordance du texte d'Africain cité plus haut (1) avec celui de Javolenus.

Cette conciliation favorable à la thèse objective a été développée par Saleilles, sans que cet auteur ait d'ailleurs rien ajouté à l'argumentation de Baron (2).

La démonstration de M. Duquesne est au contraire complètement nouvelle (3). S'il arrive sur ce point au même résultat que Baron, ce n'est qu'après avoir envisagé le problème dans toute sa complexité.

M. Duquesne a eu en effet le mérite de faire remarquer que la constitution 25 qui nous occupe n'intéresse nullement la distinction du possessoire et du pétitoire, et que, par suite, elle n'a aucun rapport avec la constitution rapportée au Code, 8. 1, *de int.*, 3 (4).

Selon M. Duquesne, la constitution 25 du titre *de locato et conducto* règle uniquement le conflit entre l'action réelle et l'action personnelle. Elle interdit tout simplement au propriétaire-locataire, poursuivi en restitution par l'action *locati* à la fin du bail, de différer cette restitution en invoquant son droit de propriété.

M. Duquesne établit également l'identité complète, contrairement à l'opinion d'Ubbelohde, des espèces prévues par notre constitution 25 et par Africain. Il n'y a aucune distinction à faire à ce point de vue entre les deux textes. Ils règlent

(1) V. *suprà*, p. 5.
(2) Saleilles, *op. cit.*, n° 99, pp. 163-167.
(3) Duquesne, *op. cit.*, pp. 233-244.
(4) Duquesne, *op. cit.*, p. 235. V. le texte *suprà*, p. 11.

tous deux la même situation. Dans l'un et dans l'autre, le pseudo-locataire n'invoque sa propriété que pour établir sa possession (1).

Chez AFRICAIN, la question de propriété peut être soulevée de deux façons par le prétendu locataire : sur l'action *locati*, et sur l'interdit *utrubi* (2).

Si la constitution 25 écarte certainement la question de propriété de l'action personnelle, rien ne prouve qu'elle ait eu quelque influence sur les interdits possessoires.

En tout cas, la constitution 3 au Code, 8, 1, *de interdictis*, ne marque pas une transformation générale commune aux interdits et à l'action personnelle (3).

La constitution 25 ne doit donc pas être, nécessairement et sans autre preuve, étendue aux interdits.

Il en résulte qu'il n'y a aucune raison pour refuser au propriétaire-locataire, même sous DIOCLÉTIEN, la protection possessoire.

Cette opinion n'a rien de contraire à Code, 8, 1, 3.

Ce dernier texte en effet ne défend pas au possesseur d'invoquer sa propriété pour prouver sa possession. Il prescrit seulement, si deux instances sont engagées au sujet de la même chose, l'une au possessoire et l'autre au pétitoire, de trancher d'abord la question de possession (4).

Ni ce texte ni notre constitution 25 ne s'opposent à l'existence de la possession chez notre propriétaire-locataire. Il est donc possesseur au temps de DIOCLÉTIEN comme au temps de JAVOLENUS (5).

Nous terminons, avec l'explication si pénétrante de M. DU-

---

(1) Nous ne pouvons mieux faire que de renvoyer sur ce point le lecteur à l'argumentation si nette et si démonstrative de M. DUQUESNE, *op. cit.*, pp. 238-240.

(2) DUQUESNE, *op. cit.*, p. 240.

(3) DUQUESNE, *op. cit.*, p. 241.

(4) DUQUESNE, *op. cit.*, p. 240.

(5) *Cf.* DUQUESNE, *op. cit.*, p. 236.

QUESNE, l'exposé des diverses conciliations proposées entre le texte de JAVOLENUS et notre constitution 25.

Il faut maintenant procéder à leur examen critique.

IV.

Et tout d'abord, que faut-il penser des conciliations favorables à la thèse de l'*animus possidendi?*

Il faut certainement retenir de l'explication de BARON (1), que JAVOLENUS attribue implicitement la possession au propriétaire. Celui-ci acquiert donc la possession sans *animus possidendi*. La conciliation en sens contraire d'UBBELOHDE ne peut être acceptée (2).

On ne pourrait admettre une conciliation des deux textes basée sur une dissociation des différents éléments de la possession : JAVOLENUS ne faisant perdre au bailleur que la possession *ad usucapionem* et lui conservant la possession *ad interdicta*. Une telle explication est incompatible avec la façon dont s'exprime JAVOLENUS. En effet, le jurisconsulte considère l'interruption d'usucapion qui se produit au préjudice du bailleur, comme la conséquence du fait qu'il n'a pu retenir la possession par suite de la nullité du bail. L'interruption de l'usucapion n'est donc présentée ici que comme une conséquence particulière d'un fait plus général, à savoir la perte de la possession. « *Sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit, ideoque* [*longi temporis praescriptio*] *non duravit* ». C'est donc la possession dans toute son intégralité que vise JAVOLENUS, et c'est cette possession intégrale qu'il déclare perdue pour le bailleur.

Toute conciliation de nos deux textes conformément à la doctrine de l'*animus* possessoire est d'ailleurs interdite par les textes d'AFRICAIN et de JULIEN.

---

(1) V. *suprà*, p. 11.
(2) V. *suprà*, p. 8.

Aucun doute n'est possible. Le propriétaire-locataire est possesseur, malgré son défaut d'*animus possidendi*, au temps de JAVOLENUS et à celui de JULIEN et AFRICAIN.

L'est-il encore à l'époque de DIOCLÉTIEN?

Cela va dépendre de la valeur des conciliations présentées pour nos deux textes dans le sens de la théorie objective.

V.

Le caractère purement procédural de notre constitution 25, défendu par BARON, ne peut se soutenir par suite de la distinction nettement tranchée que M. DUQUESNE a établie entre ce texte et celui de *C.*, 8, 1, 3 (1).

Or, si l'on rejette toute explication basée sur la procédure, il est impossible de méconnaître que notre constitution 25 est inconciliable avec les textes de JAVOLENUS, de JULIEN et d'AFRICAIN (2).

Si, aux termes de notre constitution, le propriétaire-locataire, poursuivi par l'action *locati*, doit restituer avant tout débat, c'est qu'il n'est pas possesseur, c'est qu'il n'a pas la protection possessoire.

A l'époque de DIOCLÉTIEN, le propriétaire-locataire n'est donc plus possesseur.

Il y a eu depuis JULIEN et AFRICAIN non seulement un changement de procédure, mais encore un changement portant sur le fond même du droit.

A quelle date ce changement s'est-il produit?

---

(1) La règle de procédure invoquée par M. DUQUESNE, *op. cit.*, p. 136, qui aurait eu pour objet d'écarter de l'action personelle tout débat non définitif sur la propriété, ne nous paraît attestée par aucun texte. D'ailleurs, une telle règle ne serait pas exclusivement une règle de procédure. Elle toucherait déjà au fond même du droit en portant atteinte à la situation juridique du défendeur considéré comme possesseur.

(2) V. ces textes *suprà*, pp. 4, 6, 5.

VI.

Il ne s'est pas produit, à notre avis, sous DIOCLÉTIEN, car notre constitution 25 ne semble pas innover (2).

Il date donc de l'époque classique.

Et en effet, deux raisons d'équité exigeaient sur ce point une modification du droit ancien, c'est-à-dire le retrait de la possession au propriétaire–locataire, et sa transformation en détenteur.

1. Il faut en premier lieu reconnaître avec UBBELOHDE que la protection possessoire accordée au propriétaire-locataire fournissait à quiconque prétendait à la propriété, un moyen facile de s'attribuer la possession en faisant un contrat de location avec le possesseur et de déplacer ainsi à son profit le fardeau de la preuve dans la revendication (3).

A cela, M. DUQUESNE objecte que la possession reconnue au propriétaire-locataire n'entraîne aucun déplacement en sa faveur de la charge de la preuve. Ce sera, en effet, à lui à prouver son droit de propriété pour faire tomber le bail qu'on lui oppose (4).

Cette remarque est fort judicieuse, et il faut bien avouer que la possession reconnue anciennement à notre pseudo-locataire n'entraînait au préjudice du bailleur aucun déplacement de la preuve, toutes les fois que celui-ci se trouvait bien effectivement en face d'un locataire véritablement propriétaire.

Il n'en allait pas de même cependant quand il se heurtait à un locataire, qui, sans être propriétaire, émettait des prétentions fondées sur titres à la propriété.

---

(2) On remarquera en particulier que ce rescrit ne porte pas la mention d'affichage. — Cependant, la plupart des auteurs le considèrent comme faisant du droit nouveau, sans en apporter d'ailleurs aucune preuve. V. en ce dernier sens, FABER, *de erroribus pragmaticorum*, décade 6, erreur 5, 1, édition de Lyon, 1658, I, p. 68 ; BARON, *op. cit.*, XVIII, p. 202 ; DUQUESNE, *op. cit.*, pp. 240-241 ; SIBER, *op. cit.*, pp. 61, 63.

(3) UBBELOHDE, *loc. cit.*, V, § 1850, n. 40, p. 530.

(4) DUQUESNE, *op. cit.*, p. 235.

Il s'ouvrait alors nécessairement un débat sur la valeur respective des titres invoqués de part et d'autre.

Le bailleur était ainsi dans l'obligation de faire la preuve d'un droit plus fort que celui de son adversaire.

S'il n'y parvenait pas, le locataire restait en fait en possession, bien que n'ayant pas réussi à prouver sa propriété (1).

Le principe ancien du transfert de la possession au propriétaire devenu par erreur locataire de son propre fonds avait donc bien pour effet indirect d'entraîner un renversement de la preuve au préjudice du bailleur.

2. Il y avait aussi, comme l'a très bien remarqué BARON, une raison d'équité à obliger tout locataire, quelles que fussent ses prétentions, qu'elles fussent fondées ou non, à restituer de suite, dès qu'il était poursuivi en fin de bail par l'action *locati*.

Et en effet, l'action *locati* pouvait être jugée très rapidement, sur la simple preuve de l'existence du bail.

La question de propriété était beaucoup plus délicate, et n'allait jamais en fait, dans une hypothèse comme celle que nous envisageons, sans soulever des difficultés plus ou moins sérieuses.

Il n'était pas juste, dans ces conditions, que la restitution du fonds au bailleur fût différée pendant les débats, peut-être longs, que la question de propriété était susceptible de motiver (2).

D'ailleurs, il existe au Code de JUSTINIEN, dans le même titre *de locato et conducto*, une constitution relative à notre espèce, *C.*, 4, 65, 23 (293), qui prouve que c'était surtout une difficulté de preuve qu'elle mettait en jeu (3).

---

(1) V. CUQ, *Recherches sur la possession à Rome*, n° 8, p. 12 ; n° 12, p. 19.

(2) BARON, *op. cit.*, pp. 200-201. Cf. dans le même sens UBBELOHDE, *op. cit.*, V, p. 110, n. 21.

(3) DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN (293), *C.*, 4, 65, *de locato*, 23 : *Ad probationem rei propriae sive defensionem non sufficit locatio ei facta, qui post de dominio coeperit contendere, cum nescientia dominii proprii et errantis nullum*

Les empereurs supposent là que le propriétaire a restitué sur l'action *locati* conformément à la constitution 25, et qu'il actionne ensuite son ancien bailleur en revendication.

La constitution 23 dénie dans ce cas au bail toute valeur au point de vue de la preuve de la propriété du bailleur.

Or, la façon dont elle s'exprime semble bien établir une opposition à ce sujet avec ce qui se passe dans l'action *locati*.

Dans l'action *locati*, le bailleur n'a qu'une preuve à faire, il n'a qu'à prouver l'existence du bail.

---

habeat consensum : *sed ex eventu, si victus fuerit, contractus locationis non constitisse magis declaratur. Nemo enim sibi jure possessionem mutare potest.* — Il faut nécessairement substituer dans le texte la lecture *fueris*, à la lecture *fuerit*. En effet, avec la lecture *fuerit*, le rescrit suppose la défaite du locataire, et la décision est inintelligible. Avec la lecture *fueris*, au contraire, l'hypothèse visée est celle du triomphe du pseudo-locataire dans ses prétentions à la propriété. La nullité de la location se comprend alors d'elle-même. D'ailleurs, cette correction est conforme aux *Basiliques*, 20, 1, 85. — En revanche, le texte n'a besoin d'aucune autre modification. Tel quel, il donne une solution parfaitement logique et parfaitement juridique, ainsi qu'il résulte de Cujas, *ad titulum LXV quarti libri codicis, ad leg.* 20, édition de Lyon, 1614, III, p. 431. En particulier, nous rejetons comme sans aucun fondement les interpolations proposées par Siber, *op. cit.*, pp. 62-64. Siber considère comme interpolés les passages suivants qu'il met entre crochets : « [*probationem rei propriae sive*] — [*cum nescientia dominii proprii et errantis nullum habeat consensum*] — [*nemo enim sibi jure possessionem mutare potest*] ». D'après Siber le texte pur ne visait qu'une hypothèse, celle où le bailleur était actionné en revendication par son ex-locataire après avoir obtenu restitution de ce dernier. Les passages entre crochets auraient été ajoutés par les compilateurs pour viser l'hypothèse où le bailleur intentait directement la revendication contre son pseudo-locataire et prendrait ainsi au procès le rôle de demandeur. De cette addition au texte d'une hypothèse qu'il ne visait pas primitivement, résulteraient d'après Siber les obscurités et même les erreurs que l'on peut y relever. La décision des empereurs n'est juridiquement correcte que si on la limite à la seule espèce tranchée par eux, celle d'une revendication intentée contre le bailleur par son ex-locataire. — Selon nous, c'est bien en effet la seule hypothèse visée par les empereurs, et c'est bien encore la seule à laquelle s'applique notre rescrit, même dans la version du Code de Justinien. Rien ne force en effet d'admettre que la constitution du Code envisage deux espèces différentes, dans la première desquelles le bailleur jouerait le rôle de demandeur, et dans la deuxième desquelles il jouerait le rôle de défendeur. Au cours d'un même procès, les deux parties n'étaient-elles pas, au point de vue de la preuve, alternativement demanderesse et défenderesse, suivant qu'elles produisaient des titres ou contestaient ceux de leur adversaire? C'est l'application de l'adage bien

Dans l'action en revendication dirigée contre lui, le bailleur doit au contraire établir sa propriété sur d'autres preuves. Le bail ici ne suffit pas.

Il résulte donc manifestement de cette constitution 23 que les empereurs ne voulaient pas seulement trancher dans notre espèce des difficultés de procédure. C'est bien une question de preuve qui les préoccupait.

Cela ressort encore avec plus d'évidence du motif que les empereurs donnent de leur décision à la fin du rescrit.

Ils la justifient en effet par un principe emprunté à la jurisprudence classique : « *Nemo enim sibi jure possessionem mutare potest* ».

Malgré des divergences de détail entre les auteurs sur le sens exact de cette règle, on peut dire qu'elle a pour but d'interdire au possesseur ou au détenteur d'établir par sa volonté seule une situation de fait, qui puisse modifier la nature de sa possession ou de sa détention (1).

Notre règle est très ancienne puisqu'elle remonte aux *veteres*. On discute sur son champ d'application originaire (2). Nous ne pouvons nous prononcer ici sur ce point, on le comprendra aisément.

---

connu : « *Reus in exceptione actor est.* » Au reste, voici la traduction que nous donnons de ce texte : « Il ne suffit pas au propriétaire, pour établir ou défendre son titre, de produire le bail par lui fait au locataire, quand celui-ci se prétend ensuite lui-même propriétaire. En effet, le consentement donné par le locataire au bail est vicié par l'ignorance où il était de son droit de propriété et par son erreur. Si le procès se termine par ta défaite (à toi bailleur, sous-entendu), on considérera le bail comme n'ayant jamais été passé. » On voit alors, si l'on accepte notre traduction, combien la maxime : « *Nemo enim sibi jure possessionem mutare potest* », est à sa place à la fin de notre rescrit. Elle veut dire en effet tout simplement que le bailleur n'a pu de sa propre volonté et sans le consentement du pseudo-locataire se créer à lui-même un titre de propriété. Sur la présence de cette finale dans notre rescrit, v. *infrà*, p. 20.

(1) En ce sens WINDSCHEID, *op. cit.*, § 148, I, p. 740, n. 7. — Cf. PERNICE, *Labeo*, II, 2me édition, 1re partie, Halle, 1895, pp. 426-427 ; CORNIL, *op. cit.*, pp. 46-47, 153-154.

(2) V. sur ce point, PERNICE, *loc. cit.* ; CORNIL, *op. cit.*, pp. 154-157.

Quoi qu'il en soit, il semble certain que notre règle avait primitivement un domaine très limité, et qu'elle fut étendue par la suite pour corriger les conséquences inadmissibles de la doctrine de l'*animus*.

Les travaux les plus récents ont établi un rapport étroit entre cette règle et la doctrine de l'*animus possidendi* (1).

Il est donc pour nous du plus haut intérêt de nous demander si notre constitution 25 n'a pas été rendue par application de notre maxime.

Tout porte à le supposer, bien qu'une démonstration directe ne soit pas possible.

Cette démonstration serait facile si nous admettions la correction apportée par M. Paul Krueger au texte de *C.*, 4, 65, 23 et 25. M. Paul Krueger fait passer en effet notre maxime de la fin de la constitution 23 à la fin de la constitution 25 (2).

On voit le parti que nous pourrions tirer de cette correction. Si la constitution 25 énonçait la maxime : « *Nemo enim sibi jure possessionem mutare potest* », c'est que les empereurs en faisaient une application directe. Conclure de là que le propriétaire-locataire a été dépouillé de la possession par suite de l'influence des doctrines de Paul sur l'*animus possidendi*, serait dans ces conditions, il faut bien l'avouer, une déduction tout à fait vraisemblable.

Nous ne croyons pas néanmoins pouvoir admettre la correction de M. Paul Krueger. D'une part, le texte des *Basiliques* n'est pas favorable à la suppression de la règle dans la constitution 23, et à son insertion dans la constitution 25 (3). D'autre part, nous avons déjà démontré qu'aucun remaniement ne s'impose dans le texte de la constitution 23 (4).

---

(1) Cornil, *op. cit.*, pp. 158-160 ; Gerhard Beseler, *Miscellanea, Z. S. St., Röm. Abt.*, 44, 1924, pp. 375-377.

(2) Paul Krueger, *Codex Justinianus*, ed. ster., p. 190, n. 3.

(3) *Basiliques*, 20, 1, 85.

(4) V. *suprà*, p. 17 n. 3.

Point n'est besoin d'ailleurs pour la solidité de notre argumentation que la règle en question soit mentionnée expressément dans la constitution 25. Il est certain en effet que DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN en font ici une application, tout comme dans la constitution insérée au Code, 7, 32, *de a. et r. p.*, 5, où ils visent l'hypothèse de la vente faite par un fermier infidèle (1).

Le fermier qui vend le fonds à lui affermé est exactement au point de vue de notre maxime dans la même situation que le locataire, qui, après son installation sur le fonds à titre de locataire, émet des prétentions à la propriété. L'un et l'autre en effet modifient par un acte unilatéral de leur volonté la nature du rapport de fait qui existe entre eux et le fonds. Ils se comportent tous deux en propriétaires, alors qu'ils sont entrés dans le fonds en qualité de simples détenteurs.

C'est donc, selon nous, depuis l'époque où la doctrine de PAUL sur l'*animus possidendi* est devenue prépondérante que le propriétaire-locataire a cessé d'être considéré comme possesseur, par suite de son défaut d'*animus possidendi* (2).

Le renversement qui devait s'opérer dans notre espèce, par suite de la théorie de PAUL, ressort avec évidence de l'examen parallèle d'un texte de JAVOLENUS, *D.*, 18, 6, *de peric.*, 17 (16) (3), et d'un texte de PAUL, *D.*, 13, 7, *de pign. act.*, 37 (4).

---

(1) DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN (290), *C.*, 7, 32, *de a. et r. p.*, 5 : « *Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum, praeses provinciae inquisita fide veri dominii tui jus convelli non sinet.* »

(2) V. sur la doctrine de PAUL, SALEILLES, *op. cit.*, n° 106, pp. 178-180.

(3) JAVOLENUS, 7 *ex Cassio*, *D.*, 18, 6, *de peric.*, 17 (16), LENEL, 30 : « *Servi emptor si eum conductum rogavit, donec pretium solveret, nihil per eum servum adquirere poterit, quoniam non videtur traditus is, cujus possessio per locationem retinetur a venditore.* »

(4) PAUL, 5 *ad Plautium*, *D.*, 13, 7, *de pign. act.*, 37, LENEL, 1111 : « *Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio, cum et animus mihi retinendi sit et conducenti non sit animus possessionem apiscendi.* » — Comme l'a remarqué LENEL, *Palingenesia*, I, p. 1153, n. 4, le texte a été

Il s'agit dans les deux textes d'une location. JAVOLENUS refuse la possession au locataire, uniquement parce que le bailleur a retenu la possession.

PAUL la refuse au locataire, sans doute en premier lieu, parce que le bailleur a retenu la possession, mais aussi, parce que le locataire n'a pas l'intention d'acquérir la possession.

Il est facile d'après cela de voir comment nos deux auteurs auraient raisonné sur l'espèce qui fait l'objet de cet article.

JAVOLENUS ne considérait comme obstacle à la possession du locataire que le bail qu'il avait passé. Dans notre espèce, le bail était nul. Plus rien ne s'opposait à la possession du propriétaire-locataire.

Pour PAUL, il en aurait été autrement. Malgré la nullité du bail, le propriétaire-locataire était rejeté de la possession par son défaut d'*animus possidendi.*

Le changement de législation, qu'atteste pour le cas qui nous occupe la constitution 25, s'est donc réalisé selon nous au cours de l'époque classique et sous l'influence de PAUL (1).

Un indice en ce sens est même fourni pour la matière du gage par un texte de PAPINIEN, *D.*, 20, 1, *de pign.*, 1, 2, qui interdit déjà de mêler dans un procès la question de gage et la question de propriété : « *quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur* (2). » Il en résulterait sans aucun doute

---

modifié par les compilateurs. Il s'appliquait primitivement à la fiducie. Cela ne lui donne que plus de valeur pour notre raisonnement. En effet, dans le nantissement réalisé par voie d'aliénation fiduciaire, le créancier devient propriétaire.

(1) WINDSCHEID, *op. cit.*, I, § 148, p. 739, n. b., insiste avec raison sur ULPIEN, 26 *ad ed.*, *D.*, 12, 1, *de reb. cred.*, 9, 9, LENEL, 769, pour démontrer que la théorie de l'*animus possidendi* n'est pas restée limitée à PAUL, ainsi que le prétend DE JHERING.

(2) PAPINIEN, 11 *resp.*, *D.*, 20, 1, *de pign.*, 1, 2, LENEL, 652 : « *Pignoris etenim causam nec usucapione peremi placuit, quoniam quaestio pignoris ab intentione dominii separatur.* » — SIBER, *op. cit.*, p. 104, met entre crochets comme interpolée, la partie du fragment citée au texte. Selon lui, p. 109 cette phrase énoncerait un principe manifestement faux. Elle aurait pour effet d'interdire au créancier gagiste de se prévaloir de son gage dans une

que le créancier gagiste qui aurait reçu en gage par erreur sa propre chose devrait la restituer après avoir été désintéressé. Il ne serait pas admis à faire valoir son droit de propriété pour échapper à l'action *pigneraticia directa* du débiteur constituant. Il devrait restituer d'abord, et agir ensuite en revendication. C'est, on le voit, exactement la même situation que celle qui est faite au propriétaire-locataire dans la constitution 25.

Nous pensons donc que, dès l'époque de PAPINIEN, la règle qu'il rapporte pour le gage s'appliquait également à tous les rapports contractuels pouvant faire naître une action en restitution (1). Il était déjà interdit de soulever la question de propriété au cours de l'action personnelle.

Il nous reste maintenant à expliquer pourquoi les empereurs ont été amenés à revenir sur une question déjà tranchée à la fin de l'époque classique.

VII.

Le regain d'actualité que prit alors la question si délicate de la disjonction de l'action réelle et de l'action personnelle se présente à notre avis comme l'une des conséquences de la généralisation de la procédure extraordinaire, qui s'opéra au cours du III^me^ siècle de notre ère (2).

La raison qui fit revenir les empereurs sur cette question

---

revendication intentée contre lui. Il nous semble au contraire que cette séparation de la question de gage et de la question de propriété est la garantie du créancier gagiste pendant la durée du gage, comme elle devient la garantie du constituant après l'extinction du gage.

(1) SIBER, *op. cit.*, p. 109, donne implicitement ce sens à la phrase de notre texte qu'il déclare interpolée, puisqu'il reproche précisément aux compilateurs d'avoir voulu étendre à la matière du gage la solution donnée pour le louage par DIOCLÉTIEN et MAXIMIEN dans notre constitution 25.

(2) V. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7^me^ édition, Paris, 1924, pp. 1138-1139 ; CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, p. 888.

vidée depuis longtemps déjà, est une raison analogue à celle qui les fit revenir dans *C.*, 8, 1, 3, sur la séparation pourtant ancienne du possessoire et du pétitoire.

En ce qui concerne cette dernière, on pouvait se demander si elle n'était pas étroitement unie à la procédure des interdits qui l'avait fait naître, et si la substitution de nouvelles actions à ceux-ci ne devait pas entraîner sa disparition (1).

De même, pour la séparation de l'action personnelle et de l'action réelle, on pouvait se demander si elle devait être maintenue après la disparition des formules et l'extension des pouvoirs du juge (2).

Il importait donc, à l'époque où fut rendue notre constitution 25, de revenir sur cette règle posée à la fin de l'époque classique, et de préciser à nouveau qu'aucune prétention à la propriété émise par un locataire ne devait avoir pour effet de retarder la restitution exigée par le bailleur au moyen de l'action *locati*.

VIII.

Nous croyons donc pouvoir dégager de cet article les conclusions suivantes :

1° A l'époque de JAVOLENUS, et pendant la plus grande partie de l'époque classique, le propriétaire qui devient, par erreur, locataire de son propre fonds acquiert la possession malgré son défaut d'*animus possidendi*. Il est protégé par les interdits possessoires. Il peut se servir de ces interdits à l'expiration du bail pour refuser la restitution du fonds au prétendu bailleur qui exerce alors son action *locati*. Il restera

---

(1) Ceci ressort surtout de la finale du texte cité. V. ce texte *suprà*, p. 11. — Sur les conséquences de l'apparition des interdits au point de vue de la disjonction du possessoire et du pétitoire, v. CORNIL, *op. cit.*, pp. 303-305.

(2) Sur l'étendue des pouvoirs du juge dans la procédure extraordinaire, v. GASTON MAY, *Eléments de droit romain*, n° 293, p. 629 ; PUCHTA, *Institutionenen*, 10me édition, Leipzig, 1893, I, § 185, p. 575.

en possession pendant les débats qui s'ouvriront sur la question de propriété. Il jouira de ce fait dans le procès en revendication, engagé ainsi au cours de l'action personnelle, de tous les avantages attachés à la possession. En particulier, il y figurera comme défendeur et bénéficiera des facilités de preuve attachées à la possession.

2° La théorie de l'*animus possidendi*, dont PAUL est le principal représentant, eut pour conséquence d'entraîner à son préjudice un renversement complet de cette situation. Quand cette théorie prévalut, on s'aperçut que le propriétaire, devenu par erreur locataire de son propre fonds, n'avait pas l'intention d'acquérir la possession, et que par suite il n'était pas possesseur. On lui retira la protection des interdits possessoires. Il fut donc dès lors obligé de restituer sans aucun délai, dès qu'il était poursuivi en fin de bail par l'action *locati* du bailleur. La question de propriété ne pouvait plus être soulevée par lui au cours de l'action personnelle. Il en était réduit à intenter ensuite, après avoir restitué, en sa qualité de demandeur obligé à la preuve, l'action en revendication contre son ex-bailleur.

3° Les empereurs, dans la constitution 25 au Code, 4, 65, *de locato et conducto*, ne font que rappeler cette règle à l'attention des praticiens, qui avaient pu être amenés à s'en écarter par suite des errements nouveaux de la procédure extraordinaire.

4° L'argument tiré par DE JHERING du texte de JAVOLENUS *D.*, 41, 3, *de usurpationibus et usucapionibus*, 21, en faveur de l'absence de toute distinction entre l'*animus* du possesseur et l'*animus* du détenteur, n'est probant que pour l'état du droit classique romain des I^er^ et II^me^ siècles ; il ne l'est pas pour le dernier état du droit classique.

† E. LEFÈVRE.

UNE APPLICATION ORIGINALE DU TALION EN MATIÈRE DE PROCÉDURE CIVILE : L'ÉDIT : QUOD QUISQUE JURIS...

PAR

HENRI LÉVY-BRUHL

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE LILLE

UNE APPLICATION ORIGINALE DU TALION EN MATIÈRE DE PROCÉDURE CIVILE : L'ÉDIT : QUOD QUISQUE JURIS...

Dans ces quelques pages, que je dédie respectueusement au savant romaniste de Bruxelles, je me propose d'étudier une particularité assez curieuse de la procédure formulaire romaine, particularité qui témoigne de la survivance de très anciennes conceptions jusqu'à l'époque de la codification de l'Edit prétorien et même au-delà. Il s'agit, pour le dire tout de suite, d'une application en cette matière du régime du talion, ou plutôt de l'idée qui est à la base de cette institution archaïque, à savoir qu'il est juste que l'on subisse soi-même le sort que l'on fait subir à autrui.

Cette conception un peu simpliste de la justice distributive, les Romains ne paraissent pas l'avoir beaucoup mise en pratique à l'époque historique. Leur droit pénal ne nous en offre que quelques exemples, dont le plus connu est la sanction du *membrum ruptum* d'après les XII Tables (1). Il est d'autant

(1) XII Tables, 8, 2 : *Si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto.* Voir aussi, pour l'incendie, Gaius, *l.* 4 *ad XII tab.*, *D.* 47, 9, 9 : *Qui aedes acervumve frumenti juxta domum positum combusserit vinctus verberatus igni necari jubetur, si modo sciens prudensve id commiserit.* — Günther, *Die Idee der Wiedervergeltung in der Geschichte und Philosophie des Strafrechts*, Habilitationsschrift de Giessen, 1889, p. 134, ss., cite, pour le droit ancien, d'autres textes, mais ils marquent plutôt l'idée d'une peine proportionnelle au délit que le principe particulier du talion. En revanche on peut, à mon avis, ajouter à la liste la disposition des XII Tables relatives à l'intestabilité encourue par le témoin récalcitrant. XII Tables, 8, 22 : *Qui se sierit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fatiatur improbus intestabilisque esto.* — Sur une résurrection de l'idée de talion au Bas Empire, cf. Gunther, *op. cit.*, p. 148 ss. — Sur la *calumnia*, *Id.*, *ibid*, p. 141 ss. et *infra*, p. 13.

plus remarquable de voir se perpétuer cette notion dans un ordre d'idées tout différent : la procédure civile publique. — Nous aurons à rechercher les raisons de cette anomalie. Mais il importe tout d'abord de connaître aussi exactement que possible le délit et la pénalité qui le réprime.

Pour le faire, nous ne disposons que d'un matériel de textes fort restreint. Il se réduit presque à une disposition de l'Edit du préteur, restitué avec une approximation suffisante (1), et aux fragments des commentaires de cet édit qui se trouvent insérés au *Digeste*, au titre : *Quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur* (Livre 2, Titre 2). Ces commentaires sont peu abondants. Empruntés à PAUL (*Palingénésie*, n° 111 et 112), ULPIEN, (*Pal.* n^os^ 217-223) et à GAIUS (*Pal.* n° 58) ils tiennent à peine une colonne dans l'édition stéréotype du *Digeste* (14^a^, 1922). Ils suffisent pourtant à se faire une idée précise de l'institution (2).

* * *

La première question qui se pose est de savoir quel est le délit. Il consiste, nous dit l'édit, à *statuere novum jus* contre quelqu'un. Que faut-il entendre par là ?

Une première interprétation — celle qui se présente tout d'abord à l'esprit —, doit être écartée. C'est celle qui verrait dans ce *novum jus* toute innovation apportée à l'Edit. Il ne fait aucun doute que le préteur ait la faculté d'ajouter des dispositions à l'Edit qu'il avait reçu de son prédécesseur. Il pouvait le faire, soit au moment de son entrée en charge, soit même au cours de son année de magistrature, auquel cas

(1) LENEL, *Edictum Perpetuum*[2], p. 59 : *L'Edit*, t. I, p. 66 : *Qui... magistratum potestatemve habebit, si quid in aliquem novi juris statuerit sive quis apud eum qui magistratum potestatemve habebit, aliquid novi juris optinuerit quandoque postea adversario ejus postulante ipsum eodem jure uti oportebit, praeterquam si quis eorum quid contra eum fecerit, qui ipse eorum quid fecisset.*

(2) Au témoignage d'ULPIEN, *D.*, 3, 1 ; 85 ; 6, 7, *h. t*, POMPONIUS et JULIEN s'étaient également occupés de notre édit.

la dispsoition nouvelle est appelée un *edictum repentinum* (1). L'innovation est permise au préteur ; elle constitue même un attribut essentiel de ses fonctions, et l'on peut dire sans exagération que cette faculté de créer sans cesse de nouvelles actions a permis au droit romain de satisfaire aux exigences variées de la vie sociale et de s'y adapter sans à-coup. On ne saurait donc voir, dans la création de nouvelles dispositions dans l'Edit, aucun délit.

Pour donner à l'Edit : *Quod quisque juris...* un sens intelligible, force est donc de donner à l'expression « *novum jus* » une signification différente de celle qui lui est attachée d'ordinaire (2). Ici le commentaire d'Ulpien nous sera d'un grand secours. Il emploie indifféremment les mots « *jus novum* » et « *jus iniquum* », et ceci met, semble-t-il, sur la voie de la solution (3). Si l'on ne peut, comme je l'ai dit plus haut, prétendre que tout *jus novum* soit par là même *iniquum*, ne peut-on en revanche admettre que les Romains aient appelé *jus novum* une disposition irrégulière, illégale, inique? Un acte contraire au droit en vigueur aurait été par eux qualifié de *novum* en donnant à cette épithète une valeur péjorative (4). Chez les peuples conservateurs, comme aux époques où la vie du droit est ralentie, les changements du droit sont en général mal vus, comme mettant en péril les

(1) On sait que cette dénomination que l'on trouve dans Cicéron, *Verr.*: 3, 14, 36, n'est pas technique. La terminologie juridique est une périphrase, *quod prout res incidit propositum erit* (Ulp. *D.* 2, 1, 7, *pr.*).

(2) Le *Vocabularium Jurisprudentiae Romanae* v° *novus* cite 2 cas où *novum jus* désigne, incontestablement, un droit nouveau *D.* 5, 3, 1 et 3 ; *D.* 50, 17, 9, 1.

(3) Ulp., *h. t.*, 5 pr.: *Si quis iniquum jus adversus aliquem impetravit, eo jure utatur ita demum si per postulationem ejus hoc venerit... sed si impetravit sive usus est jure aliquo, sive impetravit ut uteretur, licet usus non sit, hoc edicto puniatur.* Dans cette seconde phrase Noodt, *Comm. ad Digesta*, Leyde, 1724, p. 51, suppose avec vraisemblance qu'il faut remplacer le mot *aliquo* par le mot *iniquo*. Cf. encore, l'équivalence de *jus novum* et d'*injuria*, terme qui revient deux fois *h. t.*, 1, 2.

(4) Cf. la valeur légèrement péjorative du mot français : *insolite*.

situations acquises, et toute innovation est près d'être considérée comme un trouble, qu'il faut réprimer. Qu'on se rappelle, dans notre moyen-âge, le mot « novelleté » à peu près synonyme de dépossession. A la même époque, dans un ordre d'idées un peu différent, l'expression de « nouvelles coutumes » équivaut sensiblement à celle de « mauvaises coutumes ». Il y a de bonnes raisons de penser qu'il en a été de même à Rome (1).

Le délit consiste donc, non pas à introduire dans l'Edit de nouvelles dispositions régulières, mais à délivrer contre un plaideur une voie de droit irrégulière. Que faut-il entendre par là ? Tout simplement, à mon avis, une disposition qui ne se trouve pas sur l'Album. Cette disposition peut du reste être de nature très variée. Ce sera normalement la délivrance d'une formule d'action dont les termes ne sont pas identiques à ceux qui sont affichés : mais ce pourra être bien autre chose. En matière d'action, on peut encore penser au refus arbitraire d'une action, à une *cognitio causae* prétorienne exercée en dehors des cas strictement limités où la *causae cognitio* figure sur l'Edit. En matière de moyens tirés de l'*imperium*, ce pourra être encore un envoi en possession, une *restitutio in integrum* accordés ou refusés dans des conditions anormales, etc... En un mot tout acte illégal du magistrat constituera un *novum jus*.

Précisons encore un peu. L'activité du préteur romain — et c'est une des originalités de cette magistrature, — est double. Le préteur est une sorte de législateur au petit pied quand il rédige son Edit ; il est un juge ou plutôt un président

(1) Voici deux textes, cités par Noodt, *op. cit.*, p. 50, où l'expression *novum jus* paraît avoir ce même sens : Cic., *Verr.*, 2, 1, 52 : *Veniunt ad Chelidonium : domus erat plena, nova jura, nova decreta, nova judicia postulantur.* — Tacite, *Annal.* 2, 30: *Quia vetere Senatus consulto quaestio in caput domini prohibebatur, callidum et novi juris repertorem Tiberium mancipari singulos actori publico jussisse, ut in Libonem ex servis salvo Senatus consulto quaereretur.*

de tribunal lorsqu'il siège *in jure*, saisi d'une affaire concrète. En d'autres termes, le préteur exerce une fonction édictale et une fonction décrétale. Laquelle de ces deux faces de son activité est-elle visée par la prescription de l'Edit « *quod quisque juris...* »? Sans aucun doute la seconde. C'est dans l'exercice de sa juridiction, au sens large et banal de ce mot, que le préteur peut commettre de ces abus de pouvoir réprimés ici. Ce n'est pas dans la rédaction de son Edit, où toute latitude lui était laissée (1). Au contraire la mise en pratique des dispositions de l'Edit était strictement réglementée. La loi Cornelia de 687 avait interdit aux préteurs de s'écarter des prescriptions de leur Edit, et sans doute cette loi n'était-elle que le rappel d'une règle constitutionnelle bien antérieure. Il y avait là une garantie de sécurité très judicieuse contre l'arbitraire éventuel du magistrat.

Doit-on dire, en conséquence, que notre édit constitue la sanction de la loi Cornelia (2)? Ce ne serait pas, je crois, tout à fait exact. On soutiendrait plus justement qu'il est une des sanctions possibles du principe que cette loi rappelle. Il y en avait d'autres, notamment l'intervention des tribuns. Le talion, surtout en pareille matière, ne saurait avoir qu'une application aléatoire et limitée. Il ne s'exercera que si le délinquant se trouve en situation de le subir, mais alors il est vrai de dire qu'il sanctionne l'obligation qui s'impose au préteur de demeurer dans les limites de son Edit (3).

Le délit précisé, voyons qui le commettra. Il semble, à pre-

---

(1) Le préteur était-il absolument libre de rédiger son édit comme il le voulait? Je me borne à poser ici la question, me réservant de la reprendre dans une étude ultérieure.

(2) *Sic*, Kühlenbeck, *Die Entwicklungsgeschichte des römischen Rechts*, I, 1910, p. 231, n. 2.

(3) Sur tous ces points, je me permets de renvoyer le lecteur à mon étude sur la *Denegatio actionis sous la procédure formulaire*, *Travaux et Mémoires de l'Université de Lille*, Nouvelle série, I, Droit-Lettres, fascicule 8, 1924, notamment pp. 67-71.

mière vue, que ce soit, en toute hypothèse, le préteur (1). Pourtant l'édit, soit dans son texte même, soit dans les commentaires dont il est l'objet, nous apprend que le délinquant peut être aussi un simple particulier, le plaideur demandeur au procès.

Envisageons d'abord la première hypothèse. C'est le magistrat qui, pour une raison quelconque, a délivré contre un justiciable un moyen de droit illégal. Ce sera normalement lui qui sera frappé. Cependant PAUL, dans la loi 2, à notre titre, nous apprend que dans certains cas la sanction n'est pas dirigée contre le magistrat mais contre son assesseur. Si le magistrat s'est fié au jurisconsulte qui l'assiste et que ce dernier par négligence ou impéritie lui ait suggéré une mesure illégale, c'est lui-même, et non le magistrat qui sera passible du talion (2). Cette disposition est assez remarquable, non seulement parce qu'elle constitue une exception au principe bien connu : *qui auctor est, non se obligat*, mais surtout parce qu'elle nous montre le rôle important joué par ces conseillers des magistrats. Leur fonction est autre chose et plus qu'une simple assistance. En raison du principe, dégagé par MOMMSEN (3) de l'unité des pouvoirs des magistrats, ces derniers cumulent dans leur personne les attributions militaires et administratives et les premières font tort aux secondes. Comme l'avait déjà bien vu CUJAS (4), le préteur est assez souvent dépourvu de connaissances juridiques. Dans les provinces, surtout, le magistrat qui préside à la justice est un militaire plutôt qu'un jurisconsulte. Rien d'étonnant qu'il fasse retomber

(1) Ou n'importe quel magistrat. D'où les termes de l'édit : *qui magistratum potestatemve habuit...* Je raisonnerai sur l'hypothèse du préteur.

(2) *D.* 2, *h. t.*, PAUL, *l.* 3 *ad ed. Hoc edicto dolus debet jus dicentis puniri nam si adsessoris imprudentia jus aliter dictum sit quam oportuit, non debet hoc magistratui officere, sed ipsi adsessori.* Cf., dans le même sens, H. F. HITZIG, *Dei Assessoren der Römischen Magistrate und Richter*, Munich, 1893, pp. 126, ss.

(3) *Droit pénal* (traduction DUQUESNE), t. I, p. 156.

(4) *Opera*, éd. de Naples, 1758, t. VII, p. 105.

sur les jurisconsultes qui l'entourent la responsabilité d'une décision qui lui est, en fait, dictée par eux.

Une autre question posée par les textes au sujet du magistrat était la suivante : Un magistrat, fils de famille avait commis une illégalité. Les conséquences devaient-elles s'en faire sentir sur le *pater familias* de ce magistrat à l'occasion des actions qu'il devait intenter et de celles dont il devait répondre *ex persona filii?* Ulpien répond par la négative en se basant sur le principe bien connu qu'un fils de famille ne peut rendre pire la condition de son *pater* (1).

La seconde hypothèse est celle du simple particulier. La sanction de l'édit est dirigée contre lui s'il a demandé, dans sa *postulatio,* l'octroi d'un *jus iniquum.* Dans ce cas, même si, pour une raison quelconque, il s'est abstenu d'en faire usage, le délit est considéré comme accompli, et l'édit *quod quisque juris...* s'applique. Au contraire s'il l'a obtenu et en a fait usage contre son adversaire alors que sa *postulatio* était régulière et correcte, on ne saurait lui en faire grief et la responsabilité du délit est tout entière assumée par le magistrat (ou son assesseur) auteur de l'illégalité (2). Cette solution mérite qu'on s'y arrête, car elle nous montre, mieux que de longs développements théoriques, à quel point le rôle des parties est important, et celui du magistrat restreint dans la phase *in jure* du procès de l'*Ordo.* Tout à l'heure nous voyions le magistrat s'effacer devant son assesseur. Ici nous le voyons s'effacer devant les plaideurs. Lorsque la formule d'action (pour raisonner sur cette hypothèse) est délivrée, il pourrait sembler nor-

(1) *D.* 3, 4, *h. t.,* Ulp. *l.* 3 *ad ed.: Si filius meus in magistratu in hoc edictum incidit, an in his actionibus quas ex persona ejus intendo, hoc edicto locus sit? et non puto, ne mea condicio deterior fiat.*

(2) *D.* 3, pr., *h. t. Ulp. l.* 3 *ad ed. Si quis iniquum jus adversus aliquem impetravit, eo jure utatur, ita demum si per postulationem ejus hoc venerit : ceterum si ipso non postulante, non coercetur, sed si impetravit, sive usus est jure aliquo* [*iniquo*] *sive impetravit ut uteretur, licet usus non sit, hoc edicto puniatur.*

mal qu'elle échappe aux particuliers. Ainsi homologuée par l'autorité judiciaire, on s'attendrait à lui voir revêtir un certain caractère public. Il n'en est rien. L'homologation que lui confère le préteur, le contrôle qu'il exerce sur la formule d'action est si formel, si superficiel, que s'il lui arrive, par négligence, de laisser passer une irrégularité dans cette formule, ce n'est pas à lui qu'on s'en prendra, mais au demandeur. Il y a là une preuve nouvelle, et qui n'est pas négligeable, de la neutralité du préteur en matière juridictionnelle (1).

Au sujet de la responsabilité encourue par le plaideur qui réclame du magistrat un moyen irrégulier, les textes prévoient trois difficultés particulières.

La première est relative au *procurator*. Lorsque le moyen de droit est réclamé non par le plaideur, mais par son *procurator*, la question se posait de savoir qui était passible de l'Edit, du demandeur ou de son représentant. Les jurisconsultes sont d'accord pour admettre que c'est le représenté, sauf lorsqu'il s'agit de la représentation d'un incapable, comme en matière de tutelle, de curatelle du fou ou du mineur, ou s'il s'agit d'un *procurator in rem suam* (2).

La seconde question est plus délicate. Un débiteur obtient du préteur qu'il s'oppose à l'insertion de toute exception qui lui serait opposée de la part de l'un quelconque de ses débiteurs. S'il veut lui-même opposer une exception à son propre créancier, il sera empêché de le faire en vertu de notre édit. Jusque là rien de plus simple. Mais supposons que cet individu ait une caution. Le fidéjusseur pourra-t-il, lui, se prévaloir d'une exception s'il est attaqué avant le débiteur principal? ULPIEN répond que non, évidemment pour empêcher que le débiteur

(1) Cf. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, pp. 71-77.

(2) *D.* 3, 1, *h. t.* ULP. *l.* 3 *ad ed.*: *Si procurator meus postulavit quaeritur quis eodem jure utatur : et putat Pomponius me solum, utique si hoc ei specialiter mandavi vel ratum habui. si tamen tutor vel curator furiosi postulaverit, vel adulescentis, ipse hoc edicto coercetur. item adversus procuratorem id observandum est si in rem suam fuerit datus.*

principal, auteur de la mesure illégale, ne profite indirectement de l'exception de sa caution, ce qui ne manquerait pas de se produire puisque le créancier, ayant épuisé son droit en vertu de la *litis contestatio* faite avec la caution, ne peut ensuite se retourner contre le débiteur. Sans doute cette solution peut, dans certains cas, aboutir à infliger à la caution un préjudice injustifié : il suffit de supposer qu'elle n'arrive pas à se faire rembourser, par suite de l'insolvabilité du débiteur. Elle n'en est pas moins impérieusement exigée pour éviter que la mesure illégale provoquée par le débiteur demeure impunie. Il en serait tout autrement si l'individu qui a réclamé et obtenu le refus de toute exception à ses propres débiteurs est la caution et non le débiteur principal. Dans cette hypothèse, le fidéjusseur serait seul à subir la sanction de l'Edit. Le débiteur principal peut repousser toute poursuite au moyen des exceptions qu'il a de son chef et si la caution condamnée se retourne contre lui au moyen de l'action *mandati contraria*, elle se verra débouter, car si elle a payé pour n'avoir pas opposé les exceptions, elle n'a qu'à s'en prendre à elle-même (1).

On se demandait, en dernier lieu si la sanction s'exercerait contre les héritiers du délinquant ou si elle serait au contraire intransmissible passivement. Le caractère nettement pénal de l'institution aurait dû, semble-t-il, faire adopter cette seconde solution. Pourtant, sous l'influence de JULIEN, on décida qu'elle serait transmissible (2).

Enfin les éléments constitutifs du délit demandent encore quelques précisions. Pour que l'édit puisse entrer en action,

---

(1) *D.* 3, 3, *h. t.* ULP., *l.* 3 *ad ed.* : *Si is pro quo spopondisti impetraverit ne aliquis debitor ipsius adversus eum exceptione utatur, deinde tu in negotio, in quo spopondisti, velis exceptione uti : nec te, nec ipsum oportet hoc impetrare, etsi interdum patiaris injuriam, si solvendo debitor non sit. sed si tu incidisti in edictum, reus quidem utetur exceptione, tu non uteris : nec poena tua ad reum promittendi pertinebit : et ideo mandati actionem non habebis.*

(2) *D.* 3, 5 *h. t.*, ULP., *l.* 3 *ad ed.* : *Quod autem ait praetor ut is eodem jure utatur, an etiam ad heredem haec poena transmittatur? Et scribit Julianus non solum ipsi denegari actionem, sed etiam heredi ejus.*

il faut que le délit soit consommé, qu'il y ait eu réalisation, et non simple tentative. Bien plus, on exige que le délit réalisé ait été suivi d'effet. ULPIEN nous en donne un exemple : un magistrat a exercé un acte de juridiction irrégulier hors des limites de sa compétence. Comme cet acte est nul, il ne produira aucun effet et ne donnera pas ouverture à la sanction de l'édit « *quod quisque juris...* » (1).

Ce caractère objectif de notre délit ira parfois jusqu'à supprimer la nécessité de l'intention frauduleuse, mais ici il y a, semble-t-il, à distinguer entre le cas du magistrat et celui du simple particulier. Pour le magistrat on exigera l'intention dolosive. Pour le particulier au contraire, cet élément subjectif ne paraît pas exigé : il suffira qu'on fasse la preuve qu'il a obtenu, sur sa *postulatio*, un moyen de droit irrégulier pour qu'il tombe sous le coup de l'Edit (2).

* * *

Passons à l'examen de la sanction. C'est, ai-je dit, le talion, c'est-à-dire l'obligation pour le magistrat ou le particulier de se voir appliquer à lui-même, le cas échéant, la disposition illégale qu'ils ont fait appliquer à un plaideur. On voit assez aisément comment les choses se réalisaient dans la pratique. Supposons une action *certae creditae pecuniae* à laquelle le magistrat, par erreur ou mauvaise foi, aurait attaché une *sponsio* et une *restipulatio dimidiae partis* au lieu de la *sponsio* et de la *restipulatio tertiae partis*. Quelle que soit l'issue du

(1) *D.* 1, 2, *h. t.*, ULP., *l.* 3 *ad ed.* : *Haec autem verba quod statuerit qui jurisdictioni praeest cum effectu accipimus, non verbo tenus : et ideo, si cum vellet statuere prohibitus sit nec effectum decretum habuit, cessat edictum. nam « statuit » verbum rem perfectam significat et consummatam injuriam, non coeptam, et ideo si inter eos quis dixerit jus, inter quos jurisdictionem non habuit, quoniam pro nullo hoc habetur nec est ulla sententia, cessare edictum putamus, quid enim offuit conatus cum injuria nullum habuerit effectum.*

(2) Cette différence avait déjà été nettement aperçue par CUJAS, *loc. cit.*, c. 106.

procès, l'un des plaideurs devra payer une amende de procédure égale à la moitié de la valeur de la chose litigieuse. S'il arrive par la suite que le magistrat se trouve en compte avec l'un des plaideurs, ce dernier aura le droit de réclamer le bénéfice des dispositions de notre édit, c'est-à-dire qu'il demandera au préteur qui sera alors en fonction de ne pas délivrer l'action *certae creditae pecuniae* aux conditions normales, mais d'imposer à son adversaire la *sponsio dimidiae partis* (1).

Qui pourra exercer ces représailles judiciaires? En premier lieu, naturellement, celui qui en a pâti ; dans l'exemple cité plus haut, le débiteur condamné ou le créancier débouté qui, l'un et l'autre ont, du fait du magistrat, subi un préjudice. Mais, ce qui achève de donner à notre institution son caractère original, la mise en œuvre de la sanction n'est pas réservée à la victime : elle est ouverte à tout le monde (2). Pour reprendre l'expression de nos anciens auteurs, elle a un caractère populaire. Et cela s'explique à merveille si l'on se réfère au fondement de l'institution : celui qui s'est servi d'un moyen illégal n'est pas en droit de se plaindre si par la suite le même moyen est employé contre lui, peu importe par qui (3).

* * *

Le mécanisme de l'Edit : « *Quod quisque juris...* » se trouvant ainsi élucidé, — autant, je crois, que les textes nous per-

---

(1) Julien approuvé par Ulpien précise, *D.* 3. 6, *h. t.*, que le délinquant pourra voir exercer le droit de rétorsion même pour les droits qu'il ne possède pas encore, mais acquerra par la suite : *Illud quoque non sine ratione scribit [Julianus] non solum in his actionibus pati eum poenam edicti quas tunc habuit cum incideret in edictum verum si quae ei adquirentur.*

(2) *D.* 3, 2, *h. t.*, Ulp., *l.* 3 *ad ed.*: *Haec poena adversus omnem statuitur qui in edictum incidit, non solum eo postulante qui ab eo laesus est, sed omni qui quandoque experitur.*

(3) Si un individu qui pourait se prévaloir de cet édit pour ne pas payer, a payé néanmoins, est-il admis à répéter, comme ayant payé l'indû? Julien, cité par Ulpien, 3, 7, *h. t.*, n'admettait pas la répétition en cette hypothèse : *Ex hac causa solutum repeti non posse Julianus putat : superesse enim naturalem causam, quae inhibet repetitionem.*

mettent de le faire (1), — demandons-nous, pour terminer, quelle est la raison d'être de cette disposition singulière de l'Edit prétorien, disposition dont l'esprit semble si nettement contraster avec l'ensemble de ce document. Sans doute on ne peut proposer à cet égard que des conjectures. Voici celles qui m'apparaissent comme les plus vraisemblables.

La première concerne la date de l'Edit. Il est déjà connu de CICÉRON, qui y fait une allusion des plus nettes dans une lettre à son frère Quintus (2). Mais il y a des raisons de penser qu'il remonte à une origine plus lointaine, et que, sous une forme ou sous une autre, la règle qu'il prescrit était déjà en vigueur à l'époque des Actions de la Loi. Tout d'abord l'idée même qui est à la base de la répression, le talion, est une idée très archaïque. Elle se trouve liée à une conception de la justice que les Romains ont abandonnée à l'époque historique. D'autre part, il est un élément de notre délit qui est bien l'indice d'une haute antiquité, c'est l'exigence de sa réalisation effective, l'impunité de la simple tentative. Ce caractère objectif est le propre des législations archaïques qui portent peu d'intérêt aux questions d'intention. Dès l'époque de CICÉRON ce stade était dépassé dans le droit pénal romain (3).

Cette ancienneté rend compte des principaux caractères de notre édit. Il n'en est pas moins surprenant de le rencontrer

---

(1) J'ajoute, pour être complet, que le préteur, soucieux d'éviter que ces représailles judiciaires se perpétuent, a soin de marquer, dans son édit, que l'emploi d'une mesure illégale fait à titre de talion ne constituera pas un délit susceptible d'être réprimé par le même procédé. Tel est le sens de la dernière clause de l'édit, éclairée par le commentaire de GAIUS, *D.* 4, *h. t.*, GAIUS, *l.* 1 *ad ed. prov.* : *Illud eleganter praetor excipit* : « *praeterquam si quis eorum quid fecisset* » *et recte ne scilicet vel magistratus dum studet hoc edictum defendere, vel litigator, dum vult beneficio hujus edicti uti, ipse in pœnam ipsius edicti committat.*

(2) CIC., *ad Q. fratrem*, 1, 1, 7 : *Qui in magistratibus injuriose decreverant, dum ipsis privatis erat jure parendum.*

(3) On trouve bien au *Digeste* (48, 19, 18) la maxime : *Cogitationis pœnam nemo patitur*, mais elle est précisément empruntée au commentaire d'ULPIEN sur notre édit (*l.* 3 *ad ed.*, LENEL, *Paling.*, ULPIEN, nº 218).

à l'époque classique et jusque dans l'Edit codifié. J'aperçois à cette survivance deux causes principales.

La première doit être recherchée, à mon avis, dans la curieuse résurrection de l'idée de talion qui se produit précisément à cette époque dans une matière toute voisine : l'accusation en matière criminelle. On érige alors en délit, *calumnia*, le fait de porter contre autrui une accusation calomnieuse et la sanction de ce délit consiste dans le châtiment même qui aurait frappé l'accusé si le délit avait été prouvé. Il y a là, on le voit, une application indirecte de l'idée de talion qui par son caractère procédural s'apparente assez étroitement à notre édit. Les premières traces de cette répression de la *calumnia* apparaissent dès le Haut Empire (1), et l'institution se développe sous les empereurs chrétiens.

L'édit « *quod quisque juris...* » n'en a pas moins un caractère profondément original, car si l'on peut songer, à la rigueur, à réprimer un délit par la peine que le délinquant voulait voir infliger à la victime, il est beaucoup plus surprenant de voir un système juridique aussi avancé que le droit romain de l'époque formulaire consentir à corriger une illégalité par une illégalité nouvelle (2). La raison de cette anomalie peut être aisément tirée des principes du droit public romain.

Les Romains n'ont pas connu de procédure permettant d'annuler les actes administratifs illégaux. L'*imperium* des magistrats est, en principe, absolu, mais il ne s'exerce légalement que dans de certaines limites, notamment, en ce qui concerne le préteur, dans les limites qu'il s'est tracées lui-même dans son Edit. S'il les dépasse, il commet un acte

---

(1) PLINE, *Panegyr.*, 35. Sur la *calumnia*, cf. HITZIG, v° *Calumnia* in PAULY-WISSOWA, *Real-Encyklopädie*, t. III, c. 1417, s.

(2) Cette conception ne pouvait manquer de choquer certains Romains. et ULPIEN lui-même le laisse entrevoir dans son commentaire où selon sa coutume, il cherche à défendre les dispositions de l'Edit au nom de l'équité. *D.* 1, pr., *h. t.* (*l.* 3 *ad ed.*). *Hoc edictum summam habet aequitatem et* SINE CUJUSDAM INDIGNATIONE JUSTA : *quis enim aspernabitur idem jus sibi dici quod ipse aliis dixit aut dici effecit*?

illégal, *norum jus statuit*. Mais quelle est la sanction qu'il encourt ? Sauf la poursuite exercée après la sortie de charge, poursuite toujours trop tardive et qui ne peut agir qu'à titre de frein moral, le droit public romain ne connaît qu'une sanction : l'intervention d'un autre magistrat doué de la *par majorve potestas*, notamment l'intercession tribunicienne. Ce moyen était à la fois aléatoire et insuffisant ; aléatoire, car on n'était jamais certain de trouver un tribun ou un magistrat disposé à attaquer les actes d'un collègue ; insuffisant, car cette intervention n'avait qu'un effet suspensif et ne mettait pas vraiment à l'abri de la mesure illégale. Bien mieux, elle était impuissante, quand l'illégalité avait été consommée, ce qui était le cas le plus fréquent. Soit respect outré de l'autorité publique, soit pour tout autre cause, les Romains n'ont pas connu de *restitutio in integrum* contre les décisions des magistrats. Ils n'ont pas donné aux citoyens de recours contre excès de pouvoir ou contre abus de pouvoir : ces institutions sont des conquêtes du droit public moderne. — C'est là, sans aucun doute, une des principales raisons pour lesquelles ils ont gardé avec soin l'arme assurément démodée qu'ils trouvaient dans le vieil arsenal procédural, ce talion qui certes n'était plus en harmonie avec les conceptions juridiques et morales d'alors, mais qui n'en constituait pas moins, dans une certaine mesure, un frein apporté aux abus du pouvoir juridictionnel.

HENRI LÉVY-BRUHL.

ORIGINE DE L'EFFET EXTINCTIF DE LA LITIS CONTESTATIO

PAR

PHILIPPE MEYLAN

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

ORIGINE DE L'EFFET EXTINCTIF DE LA LITIS CONTESTATIO (1)

Malgré la grande variété des opinions qui se sont fait jour, depuis la publication du GAIUS de Vérone, s'agissant de savoir de quand date, d'où procède, et comment s'explique l'extinction, par la *litis contestatio*, du droit déduit en justice, il est un point sur lequel on n'a jamais varié, que je sache, et c'est un point de départ. On a toujours considéré l'effet extinctif de la *litis contestatio* comme un fait primaire, et on en a cherché l'explication : ou bien dans la nature même de la *litis contestatio*, ou bien en ce que, par sa nature, la *litis contestatio* se prêtait à être choisie comme le moment décisif dans l'application d'une règle interdisant d'intenter plus d'une fois la même action pour le même droit.

L'hypothèse que j'entends formuler consiste à voir dans l'effet extinctif de la *litis contestatio* un fait secondaire, conséquence logiquement déduite de ce que le jugement condamnatoire est la source pour le demandeur, contre le défendeur condamné, d'une obligation *sui generis* à *dare certam pecuniam*. Cette hypothèse me paraît devoir être acceptée, s'il est démontré avec vraisemblance :

1° *que la règle* bis de eadem re ne sit actio *a eu, dans la plus ancienne procédure civile romaine, une portée générale, et n'impliquait nullement l'extinction du droit déduit en justice ;*

---

(1) Cette étude a été lue aux Journées d'histoire du droit organisées à Paris, en juin 1925, par la Société d'histoire du droit. Je la dédie à l'éminent maître que nous célébrons, après y avoir fait quelques retouches, et en y ajoutant quelques notes dont la première destination du texte expliquera l'occasionnelle longueur.

2° *que la règle* tollitur obligatio litis contestatione *a pour cadre originaire l'action civile personnelle certaine intentée dans les formes de la* legis actio per condictionem ;

3° *que l'institution, en matière d'actions civiles personnelles, du jugement condamnatoire, conçu comme la source d'une obligation* sui generis, *a placé la jurisprudence devant la nécessité de subordonner la naissance de l'obligation* ex judicato *à l'extinction de l'obligation déduite en justice ;*

4° *qu'en matière d'actions civiles personnelles, la règle* tollitur obligatio litis contestatione *a été substituée à la règle* bis de eadem re ne sit actio *dans sa fonction régulatrice du nombre des procès, non pas en raison d'avantages propres qu'elle aurait eus sur elle à ce point de vue, mais parce qu'elle l'avait rendue sans objet ;*

5° *que l'*exceptio rei judicatae vel in judicium deductae *qui, en droit classique, remplit la fonction de l'effet extinctif de la* litis contestatio *partout où cet effet ne se produit pas* ipso jure, *s'explique le plus aisément par la généralisation du régime des jugements directs condamnatoires avec l'avènement de la procédure formulaire.*

Ces cinq propositions peuvent, je crois, être démontrées avec suffisance sans qu'il soit besoin de sortir beaucoup des *Institutes* de Gaius, notamment des textes fondamentaux et bien connus que sont les §§ 180 et 181 du livre III, les §§ 106 à 108 du livre IV.

Première proposition. — *La règle* bis de eadem re ne sit actio *a eu, dans la plus ancienne procédure civile romaine, une portée générale, et n'impliquait nullement l'extinction du droit déduit en justice.*

Que la règle *bis de eadem re ne sit actio* soit aussi vieille que la procédure civile romaine, qu'il n'y ait même aucune difficulté à lui reconnaître une origine plus lointaine, c'est un point sur

lequel il ne saurait y avoir de contestation sérieuse (1). Qu'on y voie une disposition des XII Tables, un produit de la jurisprudence pontificale, ou l'expression synthétique et proverbiale de textes légaux multiples qui l'énonçaient diversement, son sens général est clair : elle vise à empêcher qu'un droit déjà déduit en justice ne fasse l'objet d'un second procès. Elle soulève, en revanche, des questions qui sont discutées, qui nous intéressent, et qui concernent : d'une part son champ d'application et sa signification précise, d'autre part ses destinées historiques.

* * *

Quant à son champ d'application et à sa signification précise, je n'hésite pas, avec MM. Paul Krueger, Cuq, Wlassak et Wenger (2), à penser qu'originairement elle s'appliquait à toutes les actions civiles, personnelles et réelles, intentées dans les formes de la procédure urbaine, et qu'elle impliquait, non point l'extinction du droit déduit en justice, mais seule-

(1) V. par ex. Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, 1901, p. 71, n. 2 ; *Manuel*[7], p. 1032 ; Wlassak, *Die Litiskontestation im Formularprozess*, 1889, p. 80 ; *Ursprung der römischen Einrede*, 1910, p. 37, 38 ; Esmein, *Mélanges Gérardin*, 1907, p. 242. M. Collinet, *N. R. H.*, 1902, p. 546, ne fait qu'exprimer des doutes sur l'époque où la règle a été exprimée sous cette forme.

(2) M. Paul Kruger est, si je vois bien, le premier qui ait formulé, et très nettement, cette doctrine, dans son ouvrage intitulé *Processualische Consumption und Rechtskraft des Erkenntnisses*, 1864, p. 6 à 12 et 33 à 43 ; cf. Bekker, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, 1871, p. 334 ss. M. Cuq y adhère déjà dans ses *Institutions juridiques des Romains*, I, 1891, p. 433 à 435, en reportant à Voigt le mérite de l'avoir énoncée ; cf. *Manuel*, 1917, p. 838 à 840, mais il faut observer que pour lui, l'application de la règle n'est pas attachée à la *litis contestatio* qui, dans son idée, a été introduite d'abord vraisemblablement pour l'action de la loi *per judicis postulationem*. M. Wlassak exprime la doctrine dans *Ursprung*, *cit.*, p. 37, n. 80 ; cf. *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, 1917, p. 30 s. J'ai eu le plaisir de la trouver reprise par M. Wenger, dans ses *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, 1925, dont je n'avais pas connaissance le 4 juin 1925.

ment l'exclusion du renouvellement de la *litis contestatio* accomplie (1). Il y a, en ce sens, un concours de preuves propres à emporter la conviction de quiconque ne confond pas d'emblée les deux règles *bis de eadem re ne sit actio* et *tollitur obligatio litis contestatione.*

---

(1) Je prends le mot *litis contestatio* (*l. c.*), pour le très ancien droit romain, dans le sens d'accord solennel des parties sur les termes de leur litige, suivi d'une prise à témoins de tiers qui le constatent. C'est, renversée seulement, la définition souvent mal comprise de M. Wlassak, qui voit bien l'essentiel dans l'accord solennel des parties (*Litiskontestation, cit.*, p. 81, al. 2 surtout ; cf. *Der Judikationsbefehl der röm. Prozesse*, 1921, p. 8, n. 16). Je la renverse, car, en dépit d'une opinion de l'éminent romaniste acceptée même par ses adversaires (Collinet, *N. R. H.*, 1902 p. 536, *contra* Hölder, *Z. S. St.*, 24, 1903, p. 197 ss. ; May, *Eléments de droit romain*[12], 1919, p. 613, 274, n. 1), le *testes estote* de Festus, me paraît parfaitement à sa place après l'accord solennel des parties sur lequel devait porter le témoignage. Sans doute, les témoins ont été amenés pour voir et pour entendre, mais, l'acte accompli, il importe de s'assurer qu'ils ont vu et entendu. Au vrai, il s'agit là de logique moins que de psychologie humaine. Et surtout, est-il raisonnable de leur assigner une autre place quand le fait à constater est un acte illicite? Or, dans la procédure *per sacramentum* la plus ancienne, où sans doute la forme et la fonction de la *l. c.* se sont précisées, l'accord solennel des parties sur les termes du litige impliquait toujours un délit de l'une d'elles : le serment sur le bien fondé de sa demande ou de sa résistance injuste (*quando tu injuria vindicavisti, D aeris sacramento te provoco ; adversarius quoque dicebat similiter : et ego te — Gaius, IV*, § 16). C'est ici le nœud de l'instance *in jure*. Le *sacramentum injustum*, à l'origine, est un délit religieux (cf. Girard, *Manuel*[7], p. 1044, n. 2; Costa, *Profilo storico del processo civile romano*, p. 18 s. ; von Mayr, *Mélanges Girard*, II, 1912, p. 309 ss. Les doutes de M. Wenger, *Institutionen, cit.*, p. 119, n. 7, se justifient pour les temps historiques où le *sacramentum* est obligatoire). Celui qui, sûr de son bon droit, entend son adversaire qui le prête, est frappé comme la victime d'une agression, et, comme elle, il se tourne vers ses témoins, en disant : *testes estote*, vous êtes témoins ! Je ne pense pas que pour M. Lenel lui-même (cf. *Z. S. St.*, 24, 1903, p. 333 s.), *testes estote* serait ici critiquable et usurperait la place de *testimonium mihi perhibetote* ; en effet, la prise à témoins consécutive au délit perpétré a naturellement une double fonction qui est de fixer le souvenir des tiers et de s'assurer leur témoignage L'étymologie de Festus complète fort bien la description de Gaius. Festus déclare : *contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato judicio utraque pars dicere solet : testes estote* (Bruns-Gradenwitz, *Fontes*[7], II, p. 5). Après avoir provoqué son adversaire au *sacramentum* et l'avoir entendu le prêter, le premier agissant interpelle ses témoins : *testes estote* ! Puis, il prête lui-même le *sacramentum*, et son adversaire, qui l'y a invité,

C'est, tout d'abord, qu'à s'en tenir à son sens le plus naturel, la phrase *bis ne sit actio* signifie la défense de répéter une *litis contestatio* accomplie, donne à entendre implicitement que la

---

interpelle à son tour les siens propres : *testes estote* ! La *l. c.*, accord solennel des parties sur les termes du litige, condensé dans le double *sacramentum*, a pris son nom du double appel aux témoins qui le ponctue. Ce nom lui est resté après que l'institution de la prise à témoins fut tombée en désuétude. La question de savoir quand cette désuétude s'est produite échappe à toute solution précise, en l'état de nos connaissances. Le texte de Festus lui-même n'est pas un jalon suffisant, car, quoi qu'en dise M. Wlassak (*Litiskontestation, cit.*, p. 70 ss. ; cf. Girard, *Manuel*, p. 1032, n. 1), rien n'oblige ni n'incline à croire qu'il vise la procédure formulaire où jamais par ailleurs la prise à témoins n'est attestée, et pour ses interprètes, la considération doit primer que son auteur, Verrius Flaccus ou quelque grammairien de la République, fait œuvre d'étymologiste, non de juriste (*sic* d'ailleurs Wlassak, *op. cit.*, p. 78, cf. p. 70, n. 5, et Lenel, *loc. cit.*, p. 341 s; le *solet* lui-même ne saurait être pris trop au sérieux, puisque Verrius Flaccus peut le tenir de très loin et qu'en tout état de cause les connaissances juridiques de son auteur sont sujettes à caution). Sans contrainte, il s'entend de la procédure *per sacramentum* : « le nom de *litis contestatio* vient de ce que, les termes du litige étant déterminés (ils le sont dès avant la double provocation au *sacramentum* qui les fixe et conduit à l'arbitrage. Cf. Wlassak, *op. cit.*, p. 71 ss., sur le sens probable de *ordinare judicium*; Lenel, *loc. cit.*, p. 335; Kniep, *Gai Institutionum comment. tertius*, 1917, p. 406 ; v. encore les réflexions intéressantes de M. Gradenwitz, *Volksregel, etc. cit. infra*, p. 6, n. 2), l'usage veut que chacune des parties dise : « vous êtes témoins ! » Lorsque le *sacramentum* eut cessé d'être un serment, la prise à témoins ne dut plus guère être qu'une survivance, et fondé, d'une part, sur Gaius, IV, § 16, où il n'en est pas question, d'autre part sur le fait que le mot *litis contestatio* a passé jusque dans la procédure formulaire et y désigne l'acte final de la procédure *in jure*, l'*edere* et *accipere judicium*, je conjecturerais qu'il désignait, dans la *legis actio per sacramentum* des derniers siècles de la République, le double pari qu'était devenu le *sacramentum*, sans nécessité d'une prise à témoins.

Si je ne partage pas entièrement les idées de M. Wlassak sur la *l. c.* du vieux droit romain, je ne puis accepter la doctrine que M. Collinet lui a opposée en 1902 (*N. R. H.*, 1902, p. 529 ss.). Pour M. Collinet, la *l. c.* originelle aurait été « l'engagement pris par les parties de respecter l'arbitrage », engagement constaté par témoins (p. 542). Mais le savant professeur de Paris reconnaît (p. 542) que ni la définition de Festus, ni aucun autre texte ne fait d'allusion à une *l. c.* ainsi conçue ; ses arguments sont de droit comparé ou d'ordre inductif. Or, sa thèse se heurte au nom même de *l. c.*, lequel invite à croire que le témoignage a dû porter dès l'origine sur l'objet du litige (*lis*, cf. Varron, *De ling. lat.*, 93; Festus, *vis litis, lituus, praedes litis, etc.*, à quoi M. Collinet ne songe pas assez, pensé-je, aux p. 540

litis contestatio ne consomme pas le droit, et vise par sa généralité les actions civiles indistinctement (1).

C'est, ensuite, que les mots dont use GAIUS pour décrire l'institution au temps des *legis actiones* : *qua de re actum semel erat, de ea ipso jure agi non poterat* (IV § 108), ont une teneur non moins générale et peuvent être entendus fort bien comme signifiant l'interdiction légale de renouveler la *litis contestatio* accomplie (2).

---

ss., bien qu'il en parle très explicitement, p. 534, cf. p. 541, n. 1 ; v. aussi LENEL, *Z. S. St.*, 24, 1903, p. 333 s.), non pas sur autre chose ; elle oblige à distinguer deux sortes de *l. c.* dont l'une procéderait de l'autre dans des conditions purement hypothétiques : je pense montrer implicitement, par tout le présent travail, qu'elle sacrifie les textes romains et leur interprétation la plus naturelle aux données forcément subsidiaires du droit comparé, d'un maniement d'ailleurs si délicat (cf. BORTOLUCCI, *B. Ist. D. R.*, 17, 1905, p. 183, et les observations générales de M. BONFANTE, *Lezioni di storia di diritto romano*, I, 1922, p. 189 ss.), et qu'elle donne des effets les plus singuliers de la *l. c.* : l'effet extinctif et ce qu'on appelle l'effet créateur, une explication qui, pour en être une vraiment, et fût-elle la meilleure qu'on imagine étant admis le postulat d'une *l. c.* originellement extinctive du droit déduit en justice, n'en est pas moins, au regard des textes, une explication fragile.

(1) *Sic* WLASSAK, *Ursprung cit.*, p. 37, n. 80, *Z. S. St.*, 35, 1912, p. 88 s. ; WENGER, *Institutionem, cit.*, p. 166 s.; CUQ, *Manuel*, p. 938 et n. 9.

(2) On sait que l'interprétation de GAIUS IV, § 108, est vivement controversée à plusieurs égards, et que les discussions auxquelles il a donné lieu, quant au sens des mots *ipso jure agi non poterat*, sont touffues. Il me suffira de citer, outre les auteurs auxquels renvoient les notes précédentes : GRADENWITZ, *Volksregel und Kunstregel bei der Konsumption*, dans le recueil offert à E. I. BEKKER et intitulé *Aus röm. und bürgerl. Recht*, 1907, p. 392 s., et LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klass. röm. Recht*, I, 1918, p. 48 ss., notamment p. 52 s.

La doctrine qui prévaut nettement aujourd'hui, c'est que GAIUS se prononce dans le sens de l'effet exclusif de la *l. c.*, au moins pour les actions réelles. Mais il faut bien prendre en considération deux choses. D'une part, le § 108 ne pouvait être, dans l'ordre d'idées général des §§ 103 à 109, et s'agissant d'Institutes, qu'une simple allusion très brève au régime des *legis actiones*. D'autre part, rien ne permet de présumer que la *l. c.* ait eu, dans toutes les *legis actiones*, les mêmes effets, et de nombreux interprètes, dont je suis, admettent le contraire. Or, n'est-ce pas le cas de penser que GAIUS, pour être bref sans cesser d'être exact, a pris les mots *ipso jure agi non posse* dans un sens large, aux §§ 106 à 108. Nous devons le comprendre comme il voulait que ses disciples directs le comprissent : sans argutie. Il ne s'agit

C'est aussi qu'on raison, on n'aperçoit pas de motifs sérieux, pour le temps des *legis actiones*, ou bien d'avoir limité l'application de la règle aux seules actions personnelles (1), ou

---

pas tant, pour GAIUS, aux §§ 106 et 107, de dire que le droit s'éteint tantôt *ipso jure*, tantôt *ope exceptionis*, que d'affirmer la nécessité de l'*exceptio rei judicatae vel in judicium deductae*, partout où, selon les règles mêmes du droit, *ipso jure*, l'action *de eadem re* demeure ouverte. Continuant dans le même esprit, c'est-à-dire visant le résultat surtout, moins la manière dont le résultat est amené, il ajoute que sous le régime des *legis actiones*, le renouvellement de l'action était rendu impossible *ipso jure* toujours. Cela peut s'entendre, si on demande à GAIUS plus qu'il n'en veut dire, de trois manières : 1° la *l. c.* éteint le droit ; 2° la *l. c.* laisse subsister le droit, mais le magistrat est légalement tenu d'empêcher qu'elle ne se renouvelle ; 3° la *l. c.* laisse subsister le droit, mais si elle est renouvelée, le juge doit la tenir pour non avenue. Seulement, la question de savoir laquelle ou lesquelles de ces trois solutions valaient pour la procédure des *legis actiones* ne peut être résolue à l'aide du seul texte qu'on discute. Admettre, pr. ex., comme on est tenté de le faire aujourd'hui où la première solution est généralement écartée, que GAIUS se prononçait pour la seconde, c'est lui imputer gratuitement, étant donné le sens technique où il devrait alors avoir entendu *ipso jure agi non posse* aux §§ 106 et 107, une ambiguïté qu'il est piquant de voir prendre très au sérieux par certains (cf. RABEL, *Z. S. St.*, 32, 1911, p. 413 s., p. 417 : « der Text des GAIUS bleibt ein Rätsel ») et excuser par d'autres (cf. P. KRÜGER, *Proc. Consumption, cit.*, p. 35, LEVY, *Konkurrenz, cit.*, p. 52 n. 5). Après avoir excusé GAIUS pour le cas où il aurait eu en vue notre seconde solution, M. P. KRÜGER, p. 35, lui attribue de préférence encore la troisième, pour laquelle les mots *ipso jure de eadem re agi non poterat* seraient pris en plein dans le sens des §§ 106 et 107. Certes, il n'y aurait là rien d'impossible, et à en juger par l'ensemble de nos données, cette troisième solution me paraîtrait admissible à côté de la seconde, pour la *legis actio per sacramentum* tout au moins. Mais je maintiens que GAIUS s'est volontairement abstenu de préciser. La preuve spéciale en serait ici, d'une part que la *denegatio actionis* a dû être à l'origine et qu'elle est restée normalement sans doute, sous les *legis actiones* tout au moins, le moyen de faire valoir l'effet exclusif de la *l. c.*; d'autre part que la précision où censément se laissait aller GAIUS aurait dû l'entraîner, par une pente naturelle, à préciser davantage encore, à dire que le juge devait débouter *ipso jure* le demandeur, bien qu'il fût demeuré titulaire du droit, dans l'hypothèse, ou mieux, pour certaines des *legis actiones* qui rentrent dans l'hypothèse du § 108, et parce qu'il avait cessé de l'être, dans l'hypothèse des §§ 106 et 107 et certaines des *legis actiones* qui rentrent dans l'hypothèse du § 108.

(1) La probabilité est telle que précisément les interprètes en sont venus souvent par elle à concevoir l'effet exclusif de la *l. c.*, en matière d'actions réelles tout au moins. Tous les systèmes qui tentent de justifier la limitation de la règle sont forcés, et je ne ferais pas même grâce à celui que M.

bien d'en avoir conçu la mise en œuvre par deux voies différentes : par l'effet extinctif de la *litis contestatio*, en matière d'actions personnelles, par l'effet exclusif de la *litis contestatio*, en matière d'actions réelles (1).

C'est, de plus, que si la règle s'appliquait indistinctement aux actions personnelles et réelles, comme tout porte à le croire, il est beaucoup plus difficile de justifier juridiquement, pour les unes et pour les autres, l'effet extinctif de la *litis contestatio* que son effet exclusif, au regard de la phrase de Gaius : *qua de re actum semel erat, de ea ipso jure agi non poterat* (IV § 108).

C'est, toujours dans le même ordre d'idées, qu'on ne saurait ignorer l'effet exclusif de la *litis contestatio*, en matière d'actions réelles, sans se trouver dans l'alternative : ou bien de méconnaître l'inexistence, en droit romain, d'une conception selon laquelle le défendeur à une action réelle serait personnellement et spécialement tenu à l'égard du demandeur (2),

---

Collinet substitue à de plus anciens (*N. R. H.*, 1902, pp. 449 ss.). Le résultat auquel l'auteur aboutit de restreindre l'application de la règle *bis de eadem re ne sit actio* aux seules actions personnelles n'est pas le moindre argument contre sa conception de la *l. c.* ; cf. *infra*, p. 9. n. 2.

(1) Cf. *infra*, quatrième proposition. A la vérité, le passé de la doctrine s'impose encore aux esprits à tel point qu'on peut voir pr. ex. M. Gradenwitz, *Volksregel, cit.*, p. 396 s., p. 400, observer une prudente réserve quant à l'application de la règle *bis de eadem re ne sit actio* sur le terrain de la *legis actio per sacramentum in personam*, alors que pourtant il découvre dans la *legis actio per condictionem* l'origine de la règle *tollitur obligatio litis contestatione*, et M. Levy, *Konkurrenz, cit.*, p. 51 ss., prenant pour les données de la raison ce qu'il estime être l'histoire (application originelle de la règle *tollitur obligatio litis contestatione* aux actions *in personam*), affirmer hardiment « que, en ce qui concerne la Konsumption, les actions civiles personnelles et réelles non seulement peuvent mais doivent avoir suivi des voies différentes » (p. 51), et soutenir « l'inapplicabilité de la règle *bis de eadem re ne sit actio* à la *legis actio in personam* » (p. 53).

(2) V. la démonstration de M. Wlassak, dans Pauly-Wissowa, I, p. 314 s. : « Nach römischer Anschauung tritt der mit *A. in rem* zu Belangende erst durch die Litiskontestation in ein Verpflichtungsverhältnis zum Kläger. » S'inscrivant en faux contre la doctrine traditionnelle représentée par Savigny, M. Wlassak déclare étrangère aux idées romaines classiques et à plus forte raison préclassiques, le concept de « dinglicher Anspruch »; *sic* en dernier lieu *Judikationsbefehl, cit.*, p. 50, n. 11 ; Wenger, *Institutionen, cit.*, p. 101 s.

et d'avoir à fournir l'explication difficile du passage de l'extinction *ipso jure* en droit quiritaire à l'extinction *ope exceptionis* en droit classique (1), — ou bien de supposer la règle *bis de eadem re ne sit actio* étrangère aux actions réelles, mais avec le plus grave inconvénient de heurter de front le témoignage de GAIUS : *qua de re actum semel erat, de ea ipso jure agi non poterat* (IV § 108) (2).

---

(1) C'est l'épine au pied des défenseurs de la doctrine classique où la *l. c.* n'a jamais qu'un effet extinctif. Elle n'incommodait ni KELLER ni même BEKKER dans leurs œuvres spéciales sur la *l. c.* ; elle inquiète les romanistes historiens qui n'ont pas encore reconnu l'existence d'un effet simplement exclusif de la *l. c.*, et les amène : — tantôt à émettre la conjecture scolastique que les actions réelles civiles de la procédure formulaire ne sont pas, du point de vue des origines, des actions autant que les actions personnelles (MAY, *Eléments, cit.*, p. 655, n. 8), ou à imaginer que l'extinction *ope exceptionis* des actions réelles a pour cause l'inexistence de l'effet extinctif dans la procédure *per sponsionem* (ERMAN, *Z. S. St.*, 19, 1898, p. 352, n. 2, cf. p. 313, n. 2), hypothèse ingénieuse, mais en soi bien peu satisfaisante et contraire à GAIUS, IV, § 108, dont les termes généraux conduisent une fois de plus, rapprochés d'autres données, à établir l'existence de l'effet exclusif de la *l. c.*, — tantôt à verser dans le doute ou les affirmations contestables qui sont l'objet de la note suivante.

(2) GIRARD, *Manuel*, p. 1032 et 1073. Il est très difficile de savoir si M. GIRARD, en conjecturant l'effet extinctif étranger à la *legis actio in rem*, pense à l'effet exclusif. Il paraît même se contredire, admettre, p. 1032, n. 2, l'effet extinctif qu'il révoque sérieusement en doute, p. 1073 ; cf. *Organ, jud., cit.*, p. 71, n. 2. M. SCHLOSSMANN, *Litis Contestatio*, 1905, p. 155 à 158, qui ne conçoit pas l'effet exclusif de la *l. c.*, admet expressément, et logiquement, son effet extinctif pour les seules *legis actiones in personam*, et en arrive, prenant comme beaucoup d'autres pour une règle unique les deux règles *bis de eadem re ne sit actio* et *tollitur obligatio litis contestatione*, à la considérer comme établie par la loi Silia ou la loi Calpurnia, par l'une et par l'autre peut-être. M. COLLINET, *N. R. H.*, 1902, p. 548 à 552, n'échappe pas plus à l'objection. Sans doute, il nie la *l. c.* pour la *legis actio per sacramentum in rem*, et croit pouvoir affirmer que la règle *bis de eadem re ne sit actio* se rapportait à la *l. c.* spécialement, qu'elle ne concernait pas les actions réelles. Mais il se contraint ainsi : ou bien à reconnaître que la *legis actio per sacramentum in rem*, où la *l. c.* ne se rencontre point, n'est pas une *actio*, que les parties ne sauraient dire, après en avoir accompli les solennités : *actum est*, au sens de GAIUS, IV, § 108, ou bien à distinguer *actio* et *actio*, ce qu'on peut douter qui soit préférable.

C'est encore, chose étrangement méconnue (1), que dans la *legis actio per sacramentum*, *in rem* et *in personam*, la *litis contestatio* ne peut avoir eu pour effet d'éteindre le droit litigieux sans dépouiller irrémédiablement celle des parties qui en était titulaire. Lorsque le juge déclare un *sacramentum justum*, il rendra bien le droit prétendu certain, si ce droit survit à la *litis contestatio*, sinon, il faudrait que préalablement il le recrée, ce que ne comporte pas le *judicatum*, et ce qui, d'ailleurs, n'aurait aucun sens.

C'est enfin que, très probablement, comme on va le démontrer (2), l'effet extinctif de la *litis contestatio* a pour cadre originaire l'action civile personnelle intentée dans les formes de la *legis actio per condictionem*. S'il en est bien ainsi, la généralité de l'expression *bis de eadem re ne sit actio*, et du langage de Gaius au § 108 du livre IV, oblige à concevoir, pour les temps antérieurs à l'introduction de la *legis actio per condictionem* relativement récente, une règle assurant l'économie des procès privés par un moyen qui ne soit pas la *litis contestatio* extinctive, c'est-à-dire, dans la supposition la plus naturelle, par le moyen de la *litis contestatio* exclusive.

* * *

On ne saurait parler des destinées historiques de la règle *bis de eadem re ne sit actio*, sans connaître son rapport avec la règle *tollitur obligatio litis contestatione*. A mon sens, la règle *bis de eadem re ne sit actio*, d'application générale sur le terrain de la procédure urbaine contentieuse avant l'introduction

(1) Quelque capital que soit le fait, je ne sache pas qu'on l'ait relevé jamais. La différence qui existe entre la *sententia* du juge de la *legis actio per sacramentum* et la *sententia* condamnatoire du juge de la *legis actio per condictionem* ou de la procédure formulaire, est dans tous les manuels. On oublie de s'en souvenir, s'agissant de rechercher les effets possibles et probables de la *l. c.* dans le très ancien droit romain. V. *infra*, troisième proposition.

(2) V. *infra*, deuxième proposition.

de la *legis actio per condictionem*, est devenue sans objet pour toutes les actions personnelles, et ne vaut plus sans doute, après les lois *Juliae judiciariae*, que pour les cas où, selon GAIUS (IV §§ 31, 91, 93, 95), la *legis actio per sacramentum* et la procédure *per sponsionem* (1) subsistèrent exceptionnellement (2). Mais avant de justifier cette conception par l'étude de la règle *tollitur obligatio litis contestatione*, qu'il me soit au moins permis de rappeler en sa faveur le fait, difficilement explicable pour la doctrine commune, que jamais dans nos textes concernant le droit romain privé, hormis GAIUS, il n'y a mention, je dirais même indice, d'une règle *bis de eadem re ne sit actio*, et qu'il faut en aller chercher l'expression chez QUINTILIEN (3).

DEUXIÈME PROPOSITION. — *La règle* tollitur obligatio litis contestatione *a très probablement pour cadre originaire l'action*

---

(1) Il me paraît que dans la procédure *per sponsionem*, la *l. c.* doit avoir eu à la fois un effet extinctif et exclusif. Elle éteint la créance conditionnelle née de la *sponsio praejudicialis*, parce que le jugement est condamnatoire ; on ne conçoit guère qu'elle éteigne le droit principal, mais bien qu'elle exclue une seconde action en vertu de ce droit, et il faut l'admettre au regard de l'affirmation générale de GAIUS, IV, § 108. Cf. *supra*, p. 9, n. 1.

(2) Les deux antithèses *sive in rem sive in personam, sive ea formula quae in factum concepta est, sive ea quae juris civilis habet intentionem* ne sont pas disjointes, mais conjointes. Il suffirait, pour en avoir la preuve, de lire les premiers mots du § 107 : *si vero legitimo judicio in personam actum sit ea formula quae iuris civilis habet intentionem, etc.*

(3) QUINTILIEN, *Instit. orat. VII*, 6, 4 ; *Declamat.*, 266 *s.* ; AURELIUS VICTOR, *De Caes.*, 3, 10 et 4, 8. Cf. BEKKER, *Die prozessualische Consumption im classischen röm. Recht*, 1853, p. 21 à 26 ; SCHLOSSMANN, *Litis contestatio*, *cit.*, p. 154. Une règle analogue a été établie en matière pénale par la loi *Acilia repetundarum* de 123 /122 av. J.-C., *lin.* 56 (*lin.* 74) ; cf. SCHLOSSMANN, *loc. cit.*, et WLASSAK, *Anklage*, *cit.*, p. 31 ss. M. LEVY, *Konkurrenz*, *cit.*, p. 49 s., souligne bien l'étrangeté de ce mutisme des sources juridiques, mais dominé par les vues de M. WLASSAK, qu'il combat pourtant, il en arrive à le trouver particulièrement inexplicable dans l'hypothèse d'une règle *bis de eadem re ne sit actio* d'application générale. Cette appréciation devrait être partagée sans doute, si, dans cette hypothèse, la règle *tollitur obligatio litis contestatione* ne pouvait être « autre chose qu'une autre expression qui fut donnée à la règle *bis de eadem re ne sit actio* », comme l'affirme M. WLASSAK, *Ursprung*, *cit.*, p. 37, n. 80. Mais c'est là précisément l'invraisemblable.

civile personnelle certaine, intentée dans les formes de la legis actio per condictionem.

Cette proposition n'a plus guère besoin d'être démontrée. Elle a été énoncée en 1907 par M. Gradenwitz ; la démonstration n'a plus qu'à en être parfaite (1).

La règle *tollitur obligatio litis contestatione* a été formulée pour l'action civile personnelle, et cela résulte en particulier avec certitude, de ce qu'elle se rapporte à un mode d'extinction de l'*obligatio*, c'est-à-dire, dans la notion qui est encore celle de Gaius, de l'obligation *jure civili* (2) ; de ce que Gaius la cite parmi les modes civils d'extinction de l'obligation civile qui sont l'objet propre des §§ 168 à 181 de son livre III ; de ce que Gaius (III § 180) produit, comme en ayant été l'expression, l'adage des *veteres* : *ante litem contestatam dare debitorem oportere, etc.*, où les mots *dare debitorem oportere* visent uniquement et incontestablement l'obligation, et l'obligation civile.

La règle *tollitur obligatio litis contestatione* a été formulée pour l'action civile personnelle certaine, et cela résulte avec une très grande vraisemblance : tout d'abord de la consta-

---

(1) Gradenwitz, *Volksregel und Kunstregel bei der Konsumption, cit.*, p. 386 ss. La démonstration de M. Gradenwitz n'est pas complète. Elle est en défaut s'agissant d'établir que la règle *tollitur obligatio litis contestatione* a pour cadre originaire la *legis actio per condictionem* et non pas la *legis actio per sacramentum in personam*. Le fait que la règle vise le cas de *dare oportere*, non pas celui de *facere oportere*, est un indice sans doute ; ce n'est pas une preuve, car on concevrait à la rigueur qu'elle pût avoir été frappée en un temps où n'existaient que des obligations à *dare* (Girard, *Manuel*, p. 462, n. 3, 4), dont la *legis actio per sacramentum in personam* constituait la voie unique de reconnaissance judiciaire. C'est dans cette idée, peut-on croire, que M. Levy, *Konkurrenz, cit.*, p. 50 s., partagé entre MM. Gradenwitz et Wlassak ses répondants, se détache de M. Gradenwitz sur le point où son intuition l'avait, je pense, le mieux servi, mais où sa prudente réserve le rendait peu clair (cf. *supra*, p. 8, n. 2).

(2) Cf., notamment ; Perozzi, *Le obbligazioni romane*, 1903, p. 135, n. 1, sous p. 141 s.; Mitteis, *Römisches Privatrecht*, 1908, p. 58, n. 49 ; Arangio-Ruiz, *Corso di Istituzioni di dir. rom.*, I, 1921, p. 167 ss.

tation générale faite par PERNICE (1) que dans le plan original des *Institutes* emprunté sans doute par GAIUS à son modèle, l'exposé des obligations était l'exposé des causes d'où procède une obligation à *dare certam pecuniam*, du fait, ensuite et plus spécialement, que l'obligation visée par les *veteres* dans leur adage sur la *litis contestatio* extinctive est l'obligation à *dare* et celle-là seule : *et hoc est quod apud veteres scriptum est ante litem contestatam dare debitorem oportere, etc.*

La règle *tollitur obligatio litis contestatione* a été formulée pour l'action civile personnelle certaine intentée dans les formes de la *legis actio per condictionem*, et cela résulte avec vraisemblance : quant au fond, du témoignage exprès de GAIUS (IV §§ 19, 20), tout d'abord, selon lequel la *legis actio per condictionem* a été introduite en vue des actions civiles personnelles certaines précisément et leur est demeurée propre, du fait, ensuite et surtout, qu'au lieu de l'obligation à *dare* consommée par la *litis contestatio*, les *veteres* mettent toujours, selon GAIUS (III § 180), un *condemnari oportere*, c'est-à-dire l'obligation à subir un jugement particulier : le jugement condamnatoire qui fait défaut dans la procédure *per sacramentum*, qui est l'une des pièces les moins contestables de la procédure *per condictionem* (2); — quant à la date approximative, d'une part de l'ensemble des faits d'où il faut inférer l'effet simplement exclusif de la *litis contestatio* sous le régime de la *legis actio per sacramentum in personam*, d'autre part de l'antiquité relative de l'adage rapporté par GAIUS (III § 180), attribué par lui aux *veteres*, et qui remonte donc, de l'avis des interprètes récents les plus autorisés, en considération surtout des habitudes de langage du maître sabinien, au temps des *legis actiones* et de l'*interpretatio* (3).

---

(1) *Parerga III*, *Z. S. St.*, 9, 1888, p. 221 ss.

(2) Cf. *infra*, troisième proposition.

(3) *Sic*, pr. ex. : WLASSAK, *Litiskontestation*, *cit.*, p. 56, n. 1 ; ERMAN, *Z. S. St.*, 19, 1898, p. 314 ; HÖLDER, *Z. S. St.*, 24, 1903, p. 207 ; GRADENWITZ, *Volksregel*, *cit.*, p. 388, n. 1 ; cf. KNIEP, *Gai Institutionum comm*

Troisième proposition. — *L'institution, en matière d'actions civiles personnelles, du jugement condamnatoire conçu comme la source d'une obligation* sui generis, *a placé la jurisprudence devant la nécessité de subordonner la naissance de l'obligation* ex judicato *à l'extinction de l'obligation déduite en justice.*

On s'accorde généralement aujourd'hui à considérer comme très importante pour la procédure des *legis actiones* la distinction, plus tard effacée, entre *judicare* et *condemnare* (*damnare*) (1). Le juge saisi par *legis actio per sacramentum* fait *judicatio* ; il se borne à déclarer les *sacramenta* : l'un *justum*, l'autre *injustum* (2). Le juge saisi par *legis actio per judicis postulationem*,

---

tert., p. 412 s. On remarquera que des 11 textes des *Institutes* de Gaius où figure le mot *veteres* selon Zanzucchi, *Vocabolario, s. h. v°*, le I, § 188 est le seul qui paraisse l'étendre aux juristes du dernier siècle de la République, et qu'au contraire, les §§ 11 et 30 du Livre IV, le limitent aux juristes antérieurs à la *lex Aebutia*, ce qui précisément nous importe.

(1) Cf. notamment, les notes si pleines de M. Girard, *Organisat. jud.*, *cit.* I, au pied des pages 90 à 92 (*Manuel*, p. 1047, 1048, n. 3, 1049) ; Costa, *Profilo*, *cit.*, p. 43, n. 4 ; Wenger, *Institutionen*, *cit.*, p. 136, n. 19, 216, n. 12, et les renvois de ces auteurs ; M. Wlassak, *Judikationsbefehl*, *cit.*, p. 26, n. 28, fait observer contre M. Betti, *L'antitesi di judicare* (*pronunciatio*) *e damnare* (*condemnatio*) *nello svolgimento del processo civile romano*, dans *R. It. sc. g.*, 1915, qu'il ne s'agit pas d'antithèse, puisque *judicare* comprend *condemnare-absolvere*. L'observation est exacte du point de vue où se place M. Wlassak, à savoir que tout jugement suppose un *judicare jubere* de la part du magistrat ; elle ne vaut pas pour qui examine le jugement dans son seul objet. A ce point de vue, il me paraît certain comme à beaucoup d'autres (cf. Girard, *Organisat. jud.*, *cit.*, p. 91, n. 2) que *judicare*, qui comprend *condemnare et absolvere* (Gaius, III, §§ 175, 180), a, de plus, une acception spéciale qui l'a rendu antithétique à *condemnare* et *absolvere* du jour où le droit romain est venu à connaître des jugements condamnatoires et absolutoires. Nulle part, si je vois bien, la valeur propre des termes *judicare*, *condemnare*, *absolvere* n'est mieux marquée que chez Gaius III, §§ 173 à 175 et IV, § 21. A remarquer que l'antique formule de la *legis actio per manus injectionem* (IV, § 21), veut être donnée dans ses termes originaux : *quae actio talis erat*, qu'en revanche, la formule de la *solutio per aes et libram ex causa judicati* l'est dans ses termes usuels au temps de Gaius : *qui liberatur, ita oportet loquatur.*

(2) Cicéron, *De domo*, 29, 78 : *si decemviri sacramentum in libertatem injustum judicassent* ; *Pro Caecina*, 33, 97 : *si sacramentum justum judicaverunt.*

peut-être plus certainement le juge saisi par *legis actio per condictionem*, fait *condemnatio* ou *absolutio* : s'il appert que la prestation prétendue est exigible, il condamne le défendeur au paiement d'une somme d'argent qu'il détermine ; sinon, il l'absout (1).

L'effet commun des deux types de jugements, c'est de rendre le droit certain. Dans les hypothèses les moins antithétiques, s'agissant d'une action personnelle *certae pecuniae* intentée dans les formes de la *legis actio per sacramentum*, d'une part, dans celles de la *legis actio per condictionem*, d'autre part, le jugement favorable au demandeur aura notamment cet autre effet commun sans doute, de rendre la créance immédiatement exécutoire dans les voies de la *legis actio per manus injectionem* (Gaius IV § 21), et de subordonner son extinction à l'accomplissement de la *solutio per aes et libram* solennelle (Gaius III §§ 173 à 175). Mais il y a, même entre ces deux hypothèses si proches, une différence caractéristique plus évidente encore partout ailleurs. En déclarant le *sacramentum* du demandeur *justum*, le juge saisi par *legis actio per sacramentum* crée bien la créance prétendue, si elle n'existait pas ; il ne fait que la constater et lui donner certains effets spécifiques, si elle existait. Au contraire, le juge saisi par *legis actio per condictionem*, en condamnant le défendeur à payer au demandeur une somme d'argent correspondante à l'intérêt litigieux, crée toujours une obligation nouvelle, qui naîtra sans prendre la place de l'obligation prétendue quand celle-ci n'existait pas,

(1) Il n'y a pas de preuves directes certaines. Mais cela résulte avec une très grande vraisemblance de ce que, dans la procédure *per condictionem* en tout cas, le jugement portait sur l'objet même du litige, de ce qu'il pouvait donc et devait, à moins d'être inutilement compliqué, procurer au demandeur une créance certaine et tout à la fois liquide, c'est-à-dire pécuniaire, de ce qu'enfin c'est dès l'origine et pour les mêmes raisons présumablement, le régime de la procédure formulaire plus récente ; cf. Gaius IV, §§ 21, 33, 43, 48 ; III, §§ 173 à 175, 180.

qui sera substituée à l'obligation prétendue, quand celle-ci existait (1).

Tout ceci, je pense, n'est en soi rien de nouveau, et prend ici une signification particulière au point de vue seulement d'où on l'envisage. Si le jugement condamnatoire est la source d'une obligation *sui generis* substituée à l'obligation déduite

---

(1) On n'insiste pas assez, en général, sur cette conception romaine du jugement créateur de droits. Elle n'apparaît nulle part plus nette, pour le jugement condamnatoire où elle est particulièrement originale, que dans l'adage des Veteres : *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere* (Gaius III, § 180), dont je voudrais montrer précisément qu'elle fut la raison d'être. Au moment où le juge rend sa *sententia*, le droit déduit en justice n'existe plus que sous la forme du *condemnari oportere*, et c'est la preuve parfaite que l'obligation *ex judicato* est une obligation *sui generis*. Cette constatation, qui n'est nouvelle que par les conséquences que j'y rattache, conduit à se demander pourquoi les Romains ont conçu le jugement comme un acte créateur de droits. La question serait facile à résoudre, s'il était sûr que sous les Rois, la fonction judiciaire appartenait dans sa plénitude au magistrat. Mais cette opinion traditionnelle (Girard, *Organ. jud., cit.*, I, p. 75 ss.), dont Esmein, *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 229 ss., en particulier, a déduit des explications ingénieuses sur l'effet de la chose jugée, est vigoureusement contestée aujourd'hui par certains romanistes des plus autorisés (Lenel, *Z. S. St.*, 24, 1903, p. 342 s.; Wlassak, *Z. S. St.*, 25, 1904, p. 139, n. 1, *Zum röm. Provinzialprozess*, 1919, p. 12, n. 3, *Judikationsbefehl, cit.*, p. 247 ; Bonfante, *Lezioni di storia, cit.*, I, p. 393 ; Costa, *Profilo, cit.*, p. 1. ; Cornil, *Droit romain*, 1921, p. 81 ss., 92 s. ; Sohm-Mitteis-Wenger, *Institutionen des röm. Rechts*[17], p. 644, n. 1. ; M. Wenger, *Institutionen, cit.*, p. 22, n. 10, p. 23, n. 13, p. 50, n.72, montre fort bien la difficulté du problème des origines de la division du procès en deux phases et de la fonction judiciaire des Rois en matière civile. Bertolini, *Il processo civile rom.*, I, 1913, p. 38, n. 1, doute lui aussi). On pourrait d'ailleurs tenter une explication semblable sur le terrain de la doctrine récente qui veut que l'intervention de l'État dans le procès privé ait été progressive. Ce serait ici que le pouvoir du juge a sa source non seulement dans l'accord des parties litigantes, mais dans le *judicare jubere* du magistrat (cf. Wlassak, *Judikationsbefehl, cit.*, p. 10 ss., 79, 151 s.). Quoi qu'il en soit de ce point, l'une des causes de la conception du jugement créateur qu'avaient les Romains me paraît être leur sens pratique des choses, le fait que chez eux, le juge a pour fonction déterminément reconnue de faire œuvre de justice relative, de déclarer un *sacramentum injustum* ou de condamner, non point sous la condition *si est, si dare oportet*, mais sous la condition *si paret esse, si paret dare oportere*. La conception du jugement créateur de droits est une conséquence logique de cette justice relative que rend le juge. Cf. p. 17, n. 2 *infra*.

en justice, on accordera que la jurisprudence dut être amenée à rattacher l'extinction de cette obligation à un moment précis de la procédure. Sa conception du procès civil et son sens pratique avisé lui firent choisir le moment de la *litis contestatio*.

La fonction du juge, c'est de dire le droit, en considération des allégations des plaideurs et des preuves administrées. Il doit faire œuvre de justice relative, non pas de justice absolue. Sa condamnation est subordonnée implicitement, dès l'époque des *legis actiones*, au *si paret oportere* de la procédure écrite plus récente, non pas à un *si oportet* peu compatible avec la réalité pratique et inadmissible dans une procédure qui est avant tout l'œuvre des plaideurs (1).

Dès lors donc que le jugement condamnatoire a ce double caractère de ne dépendre du droit litigieux qu'indirectement et de créer une obligation *sui generis*, l'extinction nécessaire de l'obligation déduite en justice devait logiquement être attachée à la *litis contestatio* qui constitue à mon sens, au temps des *legis actiones*, comme plus tard sous la procédure formulaire, l'acte conclusif de la procédure *in jure*, l'acte par lequel s'opère la fixation définitive des termes du litige désormais soumis au juge. Entre la *litis contestatio* où le droit litigieux s'éteint, et le jugement, d'où un droit nouveau peut naître, il y a le terme intermédiaire *condemnari oportere*, c'est-à-dire, plus explicitement, *si paret, condemnari oportere* : le défendeur doit être condamné, s'il appert qu'au moment décisif de la *litis contestatio* le droit prétendu existait (2). La

(1) L'observation est déjà dans Bekker, *Aktionen, cit.*, I, p. 177, n. 6, pour la procédure formulaire.

(2) Le *condemnari oportere* des *veteres* suscite l'ingéniosité ou la critique de maint interprète. M. Collinet, *N. R. H.*, 1902, p. 542, croit y trouver un indice en faveur de la *l. c.* originelle qu'il conjecture : *condemnari oportere* désigne pour le défendeur non l'obligation d'être condamné (ce qui n'a pas de sens), mais l'obligation d'accepter d'être condamné s'il y a lieu », et M. Bertolini, *Il proc. civ. rom., cit.*, I, p. 306, n. 3, trouve cette inter-

construction juridique (il ne s'agit pas d'autre chose) est parfaite : *ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem judicatum facere oportere* (1).

---

prétation aussi juste que simple. SCHLOSSMANN, *Litis contestatio, cit.*, p. 131 ss., qui voit fort bien la fonction purement constructive du terme intermédiaire *condemnari oportere*, dépasse le but en le trouvant détestable tant pour le fond que pour la forme. Mais tout le premier, il convient que l'adage est le fait des très anciens jurisconsultes, d'esprit positif et logique un peu roide, et j'ajouterais même que GAIUS, sans désavouer leur œuvre, paraît présenter comme vieillis les termes d'ailleurs singulièrement vigoureux en lesquels ils l'ont rendue intelligible : *et hoc est quod apud veteres scriptum est...* (*cf. au* § 104 : *et hoc est quod vulgo dicitur...*). Quant au fond, la critique de SCHLOSSMANN porte à faux précisément parce qu'il ne se rend pas compte que l'obligation d'être condamné, que la *l. c.* vient à faire peser sur le défendeur, est subordonnée à la condition *si paret dare oportere*, expresse sous la procédure formulaire. Ce paraît être une méprise que peut-être on ne commet pas toujours, mais contre laquelle, si je vois bien, on n'a jamais mis en garde. Qui la commet s'expose, s'il veut être conséquent, à faire naître l'obligation *ex judicato* du néant, car, dès lors que *dare oportere* n'existe plus, *condemnari oportere* est en soi dépourvu d'objet. Or, bien loin d'être mal venue, la règle *tollitur obligatio litis contestatione* est un chef-d'œuvre de pensée juridique. Elle exprime le besoin, dans le procès, d'une transposition des choses du plan de la vérité absolue, de la règle de droit, du *si oportet*, au plan de la vérité relative, du jugement, du *si paret oportere*. Cette transposition s'opère au moment de la *l. c.*, laquelle fixe les termes du litige, et d'où procède la nécessité d'un jugement. Le substratum psychologique qui la supporte existait sans doute dès avant l'introduction des jugements condamnatoires : le juge de la *legis actio per sacramentum* crée le droit prétendu de toutes pièces lorsqu'il déclare *justum* un *sacramentum* qui, absolument, est *injustum* ; il éteint le droit existant lorsqu'il déclare *injustum* un *sacramentum* qui, absolument, est *justum*. Mais pour que la règle pût être énoncée, il fallait que le jugement eût un objet propre, qu'il devînt la source d'une obligation *sui generis*.

(1) Un de ceux qui ont, sur le développement du droit dans les différentes civilisations, les connaissances personnelles les plus étendues, M. PIERRE DE TOURTOULON, mon maître, relève l'importance de l'élément constructif dans la vieille jurisprudence romaine, et appuie de considérations frappantes sur la théorie des servitudes cette observation originale : « Il est curieux que le Droit romain si profondément étudié à tant d'égards reste encore très énigmatique dans certains éléments de sa technique » (DE TOURTOULON, *Les Principes philosophiques de l'histoire du droit*, 1908/1919, p. 643 s.). Je voudrais avoir pu résoudre une problème épineux sous cette inspiration, mais je ne me dissimule nullement que c'est m'écarter des chemins battus et ne pas accepter l'explication, due à M. WLASSAK (*Litiskontestation, cit.*,

Mais si la règle *tollitur obligatio litis contestatione* est bien déterminée par l'effet créateur du jugement condamnatoire, on se demandera pourquoi elle a été établie sur le terrain de la *legis actio per condictionem*, et non pas ailleurs où présumablement il y eut *condemnatio* dès une époque plus ancienne (1). A la vérité, il est possible qu'un véritable jugement condamnatoire ait fonctionné dans certains procès engagés par *legis*

---

p. 57 et n. 1., en dernier lieu *Judikationsbefehl, cit.*, p. 152, 219, n. 84 ; cf. GIRARD, *Manuel*, p. 743), et si fort accréditée après tant d'assauts vivement repoussés, des effets dits novatoires de la *l. c.* par la nature originellement contractuelle de cet acte de procédure. La question est de trop d'ampleur pour être poursuivie ici, et j'y reviendrai quelque jour. Un mot encore cependant. La doctrine aujourd'hui classique de M. WLASSAK est encline à expliquer la nature contractuelle de la *l. c.* et ses prétendus effets par les origines purement privées de la justice civile (v. *supra*, p. 16, n. 1; cf. BORTOLUCCI, *B. Ist. D. R.*, 17, 1905, p. 189). Mais M. WLASSAK est par ailleurs un de ceux qui ont le plus contribué à faire comprendre le sens de la règle *bis de eadem re ne sit actio*, son application générale, et son antériorité par rapport à la règle *tollitur obligatio litis contestatione* (cf. *supra*, p. 3, n. 2). Il est aussi le premier qui ait répudié la doctrine des effets novatoires de la *l. c.* dans les actions réelles. Ces trois thèses me paraissent ne s'accorder guère. Et surtout, M. WLASSAK, *Ursprung, cit.*, p. 37, n. 80, n'abandonne pas le terrain de la simple affirmation, je dirais même de l'affirmation contraire aux vraisemblances (cf. *infra*, quatrième proposition), quand il prête à la règle nouvelle de n'avoir pu être qu'une autre expression de l'ancienne. C'est bien là que se trahit le mieux le vice constant de la doctrine qui confond ces deux règles, ou qui leur attribue la même origine. Voyant qu'il faut les distinguer, les interprètes les plus habiles se trouvent en défaut quand il s'agit d'expliquer pourquoi l'une a remplacé l'autre. M. P. KRÜGER, *Proc. Consumption, cit.*, p. 36, le tentait déjà en 1864, mais en tombant dans la pétition de principe. M. CUQ, *Manuel*, p. 839, n. 5, estime que la *l. c.*, vraisemblablement introduite dans la *legis actio per judicis postulationem* (?), contenait « implicitement » une renonciation du demandeur à se prévaloir de son droit antérieur. Pour M. GRADENWITZ, *Volksregel, cit.*, p. 389 s., 402, une coutume dont on ne trouverait pas de trace avant l'introduction de la *legis actio per condictionem* serait venue imposer là au débiteur poursuivi, au nom des convenances, l'obligation d'attendre le jugement, serait venue le mettre dans le cas de *dare non oportere*. Bien faibles conjectures, qui opèrent dans l'ancien droit avec la renonciation implicite, avec des coutumes aussi capricieuses ! Et sans doute M. WENGER, *Institutionen, cit.*, p. 167, a-t-il raison, qui laisse entendre que le problème, pour se poser vraiment, demeure entier.

(1) Cf. GIRARD, *Organ. jud. cit.*, p. 90, n. 3, 4, p. 91, n. 2 ; *Manuel*, p. 1018, n. 2, 3.

actio per judicis postulationem dès avant l'institution de la *legis actio per condictionem* (1). Seulement, s'il faut bien admettre qu'une fois debout, la règle *tollitur obligatio litis contestatione* a été appliquée généralement aux actions personnelles qui aboutissent à un jugement condamnatoire (GAIUS III §§ 180, 181, IV § 107), rien n'empêcherait de supposer qu'elle ait joué pratiquement alors qu'elle n'avait pas encore reçu son expression doctrinale. Et cette supposition prend mieux corps, si on songe que la technique en était de ce temps à ses débuts, si on se persuade aussi que les conséquences logiques du jugement condamnatoire conçu comme la source d'une obligation *sui generis* durent s'imposer à l'analyse des jurisconsultes avec le plus de force dans le cas précisément de l'*actio certae creditae pecuniae* où, chose nouvelle et faisant contraste, les deux obligations substituées l'une à l'autre avaient pour objet le paiement de sommes d'argent équivalentes.

QUATRIÈME PROPOSITION. — *En matière d'actions civiles personnelles, la règle* tollitur obligatio litis contestatione *a été substituée à la règle* bis de eadem re ne sit actio *dans sa fonction régulatrice du nombre des procès, non pas en raison d'avantages propres qu'elle aurait eus sur elle à ce point de vue, mais parce qu'elle l'avait rendue sans objet.*

Il est incontestable qu'au livre IV, §§ 106 à 108 de ses *Institutes*, GAIUS ne considère l'effet extinctif de la *litis contestatio* sur l'obligation civile, objet d'un *judicium legitimum*, qu'au point de vue de sa fonction régulatrice du nombre des procès. Et c'est bien là peut-être qu'il faut chercher la cause furtive de l'inclination générale des auteurs à mettre l'effet extinctif dans la dépendance logique de sa fonction signalée. Mais on conviendra que logiquement, la fonction a fort bien

(1) Les deux textes en ce sens sont CATON, *De re rust., praefatio*, et AULU-GELLE, *Noct. Att.*, 20, *l.* 38.

pu se trouver remplie par un effet extinctif de la *litis contestatio* tiré d'ailleurs, et GAIUS y consent lorsqu'il écrit au livre III, §§ 180 et 181 : *tollitur adhuc obligatio litis contestatione... unde fit, ut si legitimo judicio debitum petiero, postea de eo ipso jure agere non possim, quia inutiliter intendo* DARI MIHI OPORTERE *quia litis contestatione dari oportere desiit.* C'est dans ces termes mêmes que je suis conduit à m'exprimer. L'extinction de l'obligation par la *litis contestatio* a pour conséquence de rendre le renouvellement de l'action inefficace selon le droit, et s'il est vrai qu'au moment où l'effet extinctif de la *litis contestatio* fut dégagé, il existait une règle *bis de eadem re ne sit actio* au sens où je l'ai comprise et applicable à toutes les actions de la procédure urbaine, on accordera que dans tous les cas où une première *litis contestatio* avait amené l'extinction du droit, cette règle devenait sans objet.

L'explication me paraît s'imposer à quiconque concède la portée générale et le genre simplement prohibitif de la règle *bis de eadem re ne sit actio*, sous le régime de la *legis actio per sacramentum*. En effet, on n'imagine pas les raisons qui eussent fait remplacer plus tard, pour les actions personnelles, le système de la *litis contestatio* exclusive par le système de la *litis contestatio* extinctive (1). Si même le besoin devait s'être fait sentir, à cette époque où la cité était encore étroite et où les procès n'abondaient guère probablement, de décharger le préteur de l'office que la règle *bis de eadem re ne sit actio* avait mis dans ses mains, il eût été très simple, sans sortir du droit établi, de confier cet office au juge, comme cela se fit peut-être d'ailleurs (2), et on ne voit pas, d'autre part, dans les tendan-

(1) V. *supra*, p. 18, n. 1.

(2) V. *supra*, p. 6, n. 2. Cf. P. KRUGER, *Proc. Consumption*, *cit.*, p. 11 s., 34 s. MM. GRADENWITZ, *Volksregel*, *cit.*, p. 405 s., et LEVY, *Konkurrenz*, *cit.*, p. 54 ss., estiment que, pour le temps de la procédure formulaire, c'est la fonction de l'*exceptio rei judicatae vel in judicium deductae*, dans les actions réelles. C'est implicitement nier, sans doute, que le besoin se soit manifesté avant la loi Aebutia.

ces de réforme supposées, la valeur d'une solution limitée aux actions personnelles. Mais plus généralement, et ici l'argumentation vise en outre ceux qui admettent une dualité originelle des moyens mis en œuvre pour servir de frein au renouvellement des actions personnelles et réelles, c'est un fait avéré que dès la première heure, et toujours davantage, l'effet extinctif a été contenu dans certaines limites qui le rendent imparfait. Lorsque le titulaire d'un droit intente l'action qui en découle, cela ne saurait lui être préjudiciable ; le jurisconsulte PAUL le dit expressément et justifie ainsi le maintien, jamais contesté du reste à ce qu'il affirme (1), des privilèges de la femme et du pupille pour leur créance dotale et de tutelle. La même raison avait fait accepter la persistance de la demeure et la conservation des sûretés réelles. Pour la raison inverse, toutes les fins de non-recevoir admissibles contre le droit déduit en justice demandaient à le rester après la *litis contestatio*, et le sont restées (2). On sait enfin qu'au IIe siècle de notre ère, une

(1) D. 46.2.29 : *perit privilegium dotis et tutelae, si post divortium dos in stipulationem deducatur vel post pubertatem tutelae actio novetur... quod nemo dixit lite contestata.*

(2) PAUL, D. 22.1.35 (intérêts moratoires) ; MARCIEN, D. 20.1.13, § 4 (hypothèque) ; PAUL, D. 46.2.29 *i. f.* : *neque enim deteriorem causam nostram facimus actionem exercentes, sed meliorem.* Cf. GIRARD, *Manuel*, p. 743 ; KELLER, *Litiskontestation und Urtheil*, 1827, p. 97 ss. Pour expliquer ces divergences d'avec les effets de la novation, KELLER fait valoir que la novation dépend de la volonté des parties, ce qui ne vaut plus depuis que, justement, on renonce à voir dans l'*animus novandi* une condition de la novation du droit quiritaire et même classique (SALPIUS, *Novation und Delegation nach röm. Recht*, 1864, p. 131 ss., GIRARD, *Manuel*, p. 734 s. ; LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fidejussio*, 1907, p. 32 ss. La tendance qui s'est dégagée, sous l'impulsion des idées de SALPIUS sur la nature première de la novation et des idées de M. WLASSAK sur la nature première de la *l. c.*, qui trouve son expression achevée aux pages 731 à 743 du *Manuel de droit romain*, 7e édit., de M. GIRARD, et qui conduit à apparenter étroitement les deux institutions dans leurs origines, ne me paraît pas heureuse. A mon sens, les deux institutions ont, tout au contraire, des origines profondément diverses, et leurs ressemblances fortuites sont la cause qui les a fait rapprocher par la jurisprudence scientifique du Principat. Mais c'est là encore un problème qu'il ne peut s'agir de traiter à cette place.

obligation naturelle fut réputée survivre à la *litis contestatio*, et s'il s'agit bien là d'une doctrine venue sur le tard, elle n'en témoigne pas moins que, dans l'esprit des jurisconsultes qui l'ont conçue, l'effet extinctif de la *litis contestatio* avait pour seule justification la *ratio civilis* (1). Cette situation hybride d'un droit qui est éteint sans l'être, s'explique très bien lorsqu'on voit dans l'effet extinctif de la *litis contestatio* le corollaire de l'effet créateur du jugement condamnatoire, car une construction juridique ne vaut que dans la mesure où le résultat visé le demande (2). Mais comment admettre que la législation, voulant empêcher le second procès sur le même droit et disposant, à cette fin, du moyen de la *litis contestatio* exclusive, universellement applicable et parfaitement efficace (3), l'ait réservé aux actions réelles pour appliquer aux actions personnelles le moyen de la *litis contestatio* extinctive, si contraire, par ses conséquences normales, à la première fonction du

---

(1) PAUL, D. 12.6.60, citant JULIEN, l'auteur de la théorie et celui-là même qui disait, au livre 55 de ses *digesta* consacré aux stipulations prétoriennes de l'instance *in jure* : *non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest* (D. 1.3.20).

(2) Ainsi, sur le terrain même de l'effet extinctif de la *l. c.*, on sait que la jurisprudence classique a bâti sa célèbre construction juridique de la vente des actions cédées au codébiteur solidaire actionné (JULIEN, D. 46.1.17 ; MODESTIN, D. 46.3.76 ; PAUL, D. 46.1 36 ; cf. LEVY, *Sponsio, cit.*, p. 164 à 208). Or, cette vente, les jurisconsultes n'en parlent que pour expliquer la subrogation dont ils veulent ; ils l'ignorent partout en dehors de là ; cf. GIRARD, *Manuel*, p. 806 et n. 4.

(3) QUINTILIEN, *Instit. orat.* VII, 6, 4, à qui on peut faire quelque crédit, nous rapporte que les jurisconsultes discutaient la question de savoir si la règle *bis de eadem re ne sit actio* visait la personne du demandeur ou le type de l'action : *solet et illud quaeri, quo referatur, quod scriptum : bis de eadem re ne sit actio ; id est, hoc bis ad actorem an ad actionem.* Que QUINTILIEN parle de controverses trouvées chez ses auteurs ou de controverses de jurisconsultes ses contemporains, lesquelles pouvaient alors se rapporter au droit public (cf. *Declamat.* 266), à la *legis actio per sacramentum* encore en usage dans les procès plaidés devant les centumvirs, à la procédure *per sponsionem* (v. *supra*, p. 11), il n'en montre pas moins que la règle archaïque était susceptible d'assouplissements que ne comporte pas la règle *tollitur obligatio litis contestatione.*

procès qui est de conserver le droit ! Comment admettre surtout qu'au moyen, tout d'abord mis en œuvre, de la *litis contestatio* exclusive, elle ait substitué à un certain moment, pour les actions personnelles, ce moyen médiocre de la *litis contestatio* extinctive !

CINQUIÈME PROPOSITION. — L'exceptio rei judicatae vel in judicium deductae *qui, en droit classique, remplit la fonction de l'effet extinctif de la* litis contestatio, *partout où cet effet ne se produit pas* ipso jure, *s'explique le plus aisément par la généralisation du régime des jugements directs condamnatoires avec l'avènement de la procédure formulaire.*

A l'époque classique, selon GAIUS (III, §§ 180, 181 ; IV, §§ 106 à 108), le droit n'est éteint *jure civili* par la *litis contestatio*, que s'il fait l'objet d'une action *in jus* personnelle intentée dans les conditions d'un *judicium legitimum*. Partout ailleurs : qu'il fasse l'objet d'une action *in factum* ou d'une action réelle quelconque, ou encore d'une action civile personnelle intentée dans les conditions d'un *judicium imperio continens*, le droit survit à la *litis contestatio, jure civili*, mais le préteur le paralyse et l'éteint donc pratiquement par le moyen d'une *exceptio rei judicatae vel in judicium deductae.*

En présence de ces solutions si profondément originales du droit classique, les interprètes ont bien senti que la clef du problème était dans l'histoire. Mais leurs explications se heurtent encore, aucune ne paraît jouir d'un très grand crédit, et toutes, je crois, boitent en quelque point (1). Pour descendre sans contrainte du droit quiritaire au droit classique, il suffit d'avoir placé la cause de l'effet extinctif de la *litis contestatio*

(1) Je l'ai montré, du point de vue de l'ancien droit, pour les systèmes qui ignorent l'effet simplement exclusif de la *l. c.* originaire, au moins en matière d'actions réelles : ERMAN, MAY (*supra*, p. 9, n. 1), GIRARD, COLLINET. SCHLOSSMANN (*supra*, p. 9, n. 2) et pour ceux qui le connaissent (p. 18, n. 1). Mais on peut le montrer pour les uns et pour les autres en considérant la manière dont ils expliquent juridiquement les solutions décrites par GAIUS,

dans l'effet créateur du jugement condamnatoire. La généralisation de cet effet extinctif apparaît alors comme une conséquence naturelle de l'innovation la plus saillante peut-être de la procédure formulaire : la généralisation du régime des jugements directs condamnatoires. Le jour où le juge à une action réelle reçut l'ordre et le pouvoir de condamner le défendeur, dont la résistance n'est pas fondée, au paiement de la valeur

---

IV, §§ 106 et 107. A cet égard, tous les systèmes se laissent ramener à deux groupes :

1° systèmes qui reconnaissent à l'*exceptio rei judicatae vel in judicium deductae*, dans tous les cas où elle s'applique, le même fondement qu'à l'extinction *ipso jure* propre aux actions *in jus* personnelles intentées dans les conditions d'un *judicium legitimum*. A ce groupe appartiennent tous les auteurs qui ignorent l'effet exclusif de la *l. c.* originaire, et, de plus, MM. F. KRÜGER, *Process. Consumption, cit.*, p. 36 ss., et CUQ, *Manuel*, p. 878, n. 2.

2° systèmes qui reconnaissent à cette *exceptio*, au moins dans les actions civiles, un autre fondement. A ce groupe appartiennent MM. GRADENWITZ, LEVY, et, au moins implicitement et par toute sa doctrine, M. WLASSAK.

ad 1° Tous les auteurs du premier groupe admettent, en définitive, que la *l. c.* a un effet novatoire, direct ou indirect selon les cas. Telle était la doctrine que professait autrefois M. WLASSAK, *Römische Prozessgesetze*, II, 1891, p. 356. Mais le savant romaniste de Vienne l'a reniée, dès 1904 (*Z. S. St.*, 25, 1904, p. 160, n. 2), en considération du fait que pour les Romains, il n'y a pas de « dinglicher Anspruch », et que, par conséquent, la *l. c.* ne trouve rien à éteindre. J'adhère à sa critique ; cf. *supra*, p. 8, n. 2.

ad 2° MM. GRADENWITZ, *Volksregel, cit.*, et LEVY, *Konkurrenz, cit.*, prêtent à l'*exceptio* d'être le moyen de mettre en œuvre, dans la procédure formulaire et s'agissant d'actions réelles, la règle *bis de eadem re ne sit actio*, qui est de pure procédure et n'atteint pas le fond du droit. L'*exceptio* serait le succédané de la *denegatio actionis*, et le but de l'institution nouvelle aurait été de décharger le magistrat d'une tâche encombrante (cf. *supra*, p. 21, n. 2). Mais nos deux auteurs ne sont plus d'accord lorsqu'il s'agit de trouver le fondement de l'*exceptio* dans ses applications aux actions personnelles. Selon M. GRADENWITZ, p. 391, 404, l'*exceptio* a été créée pour les actions personnelles intentées dans les conditions d'un *judicium imperio continens*, puis étendue aux actions personnelles *in factum conceptae*, et, dans les deux cas, elle a le même fondement que l'extinction *ipso jure* dans les actions personnelles civiles intentées dans les conditions d'un *judicium legitimum* ; elle a été simplement transposée, par nécessité et commodité, aux actions réelles où son fondement ne peut plus d'ailleurs être le même. Selon M. LEVY, p. 53 ss., le fondement de l'*exceptio* est le même partout : c'est la règle de procédure *bis de eadem re ne sit actio*, ce n'est jamais la règle *tollitur obligatio litis contestatione*.

La doctrine de M. LEVY, dont le grand mérite est de maintenir l'unité présumable de l'*exceptio*, commandée d'ailleurs par les textes qui jamais

pécuniaire du droit litigieux, la naissance de l'obligation *ex judicato* entraîna logiquement l'extinction du droit déduit en justice. Cette extinction se fût produite *ipso jure* sans doute, s'il avait été établi que par le procès, le titulaire d'un droit réel devient nécessairement un créancier. Mais on sait que tout l'effort de la législation tend à corriger cette solution rationnellement et pratiquement fâcheuse. En particulier, la formule de toutes les actions réelles contient la clause arbitraire, dont l'effet régulier sera de rendre au demandeur le libre exercice de son droit prétendu, s'il en a fait la preuve,

---

ne distinguent, se heurte, si je vois bien, à des obstacles insurmontables. Il est curieux de la lui voir soutenir, alors qu'au seuil de son étude il proclamait l'impossibilité de règles communes, en notre matière, aux actions personnelles et réelles (cf. *supra*, p. 8, n. 1). Il est non moins curieux de l'entendre dire que faute d'*obligatio* à éteindre, la *l. c.* ne pouvait opérer *ope exceptionis* sur le fondement de la règle *tollitur obligatio litis contestatione*, puisque, précisément, le défaut d'*obligatio* rendait la règle inapplicable directement, et que l'existence d'une obligation prétorienne en commandait l'extension par analogie. Il est tout à fait curieux que, raisonnant ainsi, il en vienne — un peu vite au surplus — à mettre sur le même pied les actions civiles personnelles intentées dans les conditions d'un *judicium imperio continens*, où il y a *obligatio* à éteindre pourtant (*intentio juris civilis*, Gaius, IV, § 131 *a*), mais qui ne peut l'être *ipso jure* parce que l'instance est prétorienne. Et d'ailleurs, ce n'est pas assez que son résultat soit amené par des voies aussi critiquables, ni qu'il surprenne sa propre attente (p. 56) ; il y a que Gaius et ses contemporains ne se prêtent guère à justifier la diversité de fondement prétendue de l'extinction *ipso jure* et *ope exceptionis*. M. Levy le reconnaît le plus franchement du monde (p. 56 ss.), et il tente d'imputer le fait à l'identité du résultat pratique et aux efforts de synthèse de la jurisprudence classique. Il croit même trouver chez Gaius et dans les textes recueillis au Digeste des indices de la diversité de fondement qu'il présume, une notion de *consumere actionem* qui n'équivaudrait pas à celle de *consumere obligationem*. Mais il transpose ainsi les finesses de la science germanique dans la doctrine beaucoup moins abstraite du droit romain (cf Wlassak, *Judikationsbefehl*, *cit.*, p. 50, n. 11) ; il oublie, lui qui se prévalait de la difficulté où les Romains se sont vus de parler d'une *obligatio honoraria* (p. 55), que justement pour ce motif ils sont amenés à dire de préférence, quand elle est déduite en justice : *actio consumitur* ; il est contraint à reconnaître que jamais les textes ne mentionnent une action réelle qui serait *consumpta* (p. 71).

La doctrine de M. Gradenwitz ne me paraît pas préférable. Elle rompt l'unité présumable de l'*exceptio rei judicatae vel in judicium deductae*. Elle

et de mettre fin au procès sans *condemnatio*. L'assimilation relative du droit réel au droit personnel, par le canal du procès, a eu pour conséquence leur assimilation relative quant à l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Dès lors que le procès peut se terminer par une *pronuntiatio* obéie ou par une *condemnatio*, le droit réel survit à la *litis contestatio*, parce qu'il le faut absolument dans la première hypothèse, et bien qu'il faille le contraire logiquement dans la seconde. L'extinction du droit déduit en justice, qui a toujours son fondement dans l'effet créateur du jugement condamnatoire, n'est plus susceptible ici que d'être préparée par la *litis contestatio* : elle l'est grâce à l'*exceptio rei judicatae vel in judicium deductae*. La fonction de cette *exceptio* est déterminée par le résultat à obtenir. Or, s'il doit bien s'agir là toujours d'assurer la transition entre le droit litigieux et l'obligation *ex judicato* qui en est l'expression

---

se heurte de plus, pour les actions réelles, aux dernières objections présentées contre M. Levy. Elle reconnaît, du point de vue où elle prend les choses, l'irrégularité de l'extension de l'*exceptio* aux actions réelles et l'obscurité du mouvement historique qui y a conduit. Elle confesse ainsi son peu de vraisemblance.

La doctrine actuelle de M. Wlassak (*Z. S. St.*, 25, 1904, p. 160, η. 2, *Ursprung, cit.*, p. 9, n. 14, p. 37, n. 80, *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 88 s., *Judikationsbefehl, cit.*, p. 50, n. 11), difficile à dégager de passages où elle n'est jamais abordée à fond, que je sache, est à deux doigts de celle de M. Gradenwitz. Sans doute, M. Wlassak s'élève avec énergie contre la possibilité d'une « Konsumption », s'agissant d'actions réelles, et M. Gradenwitz en parle néanmoins ou a l'air d'en parler. Mais comme lui, il reconnaît dans l'*exceptio rei judicatae vel in judicium deductae*, qui s'applique en matière d'actions personnelles, un moyen d'extension de la règle *tollitur obligatio litis contestatione*. Comme lui, et par le chemin plus impérieux de la logique, il est contraint à rattacher l'*exceptio*, quand elle découle de la *l. c.* des actions réelles, à la règle *bis de eadem re ne sit actio* qu'il distingue de la règle *tollitur obligatio litis contestatione*, puisque, dans ces actions, la *l. c.* ne trouve rien à éteindre, pas même un « dinglicher Anspruch », puisque son seul effet consiste à paralyser la « Klagmacht » inhérente au droit réel. S'il s'abstient de l'exprimer (v. toutefois *Z. S. St.*, 33, 1912, p. 89), s'il observe cette « attitude purement négative » qui déconcerte M. Levy (p. 71), s'il décrit, comme note même cet auteur, plutôt qu'il n'explique, n'est-ce pas que son sens aigu de juriste et d'historien lui a révélé une énigme devant laquelle toutes les hypothèses qu'on a tentées lui ont semblé vaines?

relative, il ne s'agit pas moins d'empêcher le renouvellement de l'action dans tous les cas où on l'estime nécessaire. Cette fonction avait été remplie sans la moindre difficulté, pour les actions personnelles, par la règle *tollitur obligatio litis contestatione*. Elle est doublement compliquée, pour les actions réelles, du fait de la nature des choses et de la technique de la formule. Ce n'est pas ma tâche ici de préciser comment la jurisprudence est parvenue à la satisfaire. Il me suffira de constater que si l'*exceptio* a bien son fondement dans l'effet créateur du jugement condamnatoire, elle n'opère nullement, dans sa fonction régulatrice du nombre des procès, extinction du droit ni d'un attribut du droit (dinglicher Anspruch).

Il est d'ailleurs probable qu'avant d'être appliquée aux actions civiles réelles de la procédure urbaine, l'*exceptio rei judicatae vel in judicium deductae* avait ménagé l'effet extinctif de la *litis contestatio* pour les actions personnelles intentées dans les conditions d'un *judicium imperio continens* (1) que la règle strictement civile *tollitur obligatio litis contestatione* ne concernait pas. Le motif qui l'avait fait admettre là en commanda l'utilisation aussi bien pour les actions réelles que pour les actions personnelles *in factum conceptae*, lors de l'avènement de la procédure formulaire. Partout, elle a son fondement dans l'effet créateur du jugement condamnatoire.

Le résultat de ce mouvement historique, c'est la généralisation du principe de la *litis contestatio* extinctive, et l'élimination progressive de la règle *bis de eadem re ne sit actio*.

PHILIPPE MEYLAN.

(1) *Sic*, apparement, M. GRADENWITZ, *Volksregel*, *cit.*, p. 391, 404. Avec M. CORNIL, *Droit romain*, *cit.*, p. 84 s., je prends l'expression *judicium imperio continens* comme signifiant, dès avant la loi Aebutia, le procès civil organisé en dehors de la *lex* romaine.

AUTOUR DES ORIGINES LÉGALES DE L'AGNATION EXTERNE

PAR

L. MICHON

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE NANCY

AUTOUR DES ORIGINES LÉGALES DE L'AGNATION EXTERNE

Lorsqu'on essaie de reconstituer le droit romain primitif du temps des XII Tables ou de l'époque immédiatement postérieure, on ne trouve le plus souvent dans les textes soi-disant afférents à cette époque que de très maigres renseignements. Ces textes sont rares et elliptiques ; ils revêtent la forme condensée d'un adage, ou la forme sèche d'une vieille définition de praticien, et encore peuvent-ils avoir été déformés au cours d'une longue transmission. En cherchant à les creuser, on trouve vite le roc ; en s'obstinant à les approfondir, on s'expose au danger de l'auto-suggestion ; l'imagination entre en jeu, et sous son intluence déformante, on risque de découvrir dans une règle simpliste et fruste tout un monde de sous-entendus et de finesses d'une parfaite invraisemblance (1).

Il est cependant un moyen d'arriver à certains résultats sur le droit primitif de Rome, sans forcer dangereusement le sens de textes impuissants par eux seuls à nous éclairer. A la recherche en profondeur forcément limitée, on peut souvent ici ajouter la recherche en surface. Dans un droit encore en enfance, où les institutions sont simples, rigides et étroitement solidaires les unes des autres, n'étant pas encore déformées ni

(1) C'est, je crois et j'espère le prouver bientôt, à ce résultat décevant qu'ont abouti Mommsen, et, à sa suite, Bechmann, dans leur interprétation de la règle des XII Tables, VI, 1 : *Cum nexum mancipiumve faciet...*, pour avoir posé une hypothèse téméraire et divinatoire sur l'origine de la monnaie comptée ; ils ont négligé la recherche en surface, l'étude de l'ambiance, et c'est ainsi qu'après eux l'histoire de l'acte *per aes et libram*, appuyée sur les données nouvelles relatives à l'évolution de la monnaie, est à refaire de fond en comble.

par le jeu de l'équité, ni par des influences étrangères, la recherche de l'ambiance ou de la subséquence peut fournir des présomptions de vraisemblance, qui, lorsqu'elles concordent, équivalent à des certitudes. Lorsqu'une hypothèse, émise sur une institution primitive, présente l'avantage de s'accorder aisément avec d'autres institutions contemporaines, et de fournir sur ces dernières des explications faciles et pratiques que l'on ne possédait pas antérieurement à cette hypothèse, lorsqu'il s'opère ainsi entre plusieurs institutions, jusqu'alors disparates et incohérentes, une sorte d'emboîtement, d'interdépendance, il y a là une preuve par ambiance qui n'est pas sans intérêt. De même si cette hypothèse procure sur la destinée ultérieure de l'institution des facilités nouvelles de transition et une continuité d'évolution jusqu'alors inaperçue, il y a là un élément de preuve par subséquence, d'autant plus important, que c'est précisément la conscience d'abord obscure de cette harmonie qui, dans bien des cas, met le chercheur sur la voie de l'hypothèse cherchée, et qui l'aide à la préciser.

Cette méthode de recherche en surface peut être mise en œuvre pour obtenir des confirmations à l'appui d'une hypothèse récemment proposée sur l'origine légale de l'agnation externe à la *domus*. Dans une étude antérieure (1), j'ai essayé d'établir qu'avant les XII Tables, au temps du *mos majorum*, l'agnation était restreinte aux descendants *in potestate*, aux *heredes domestici*, et que c'est seulement par une disposition expresse des XII Tables qu'a été intercalé, entre les deux catégories d'héritiers du *mos majorum*, entre la *domus* et la *gens*, l'*adgnatus proximus*, premier *heres legitimus*, externe à la *domus* (2). C'est au moyen de cette hypothèse que j'ai essayé d'expliquer

(1) *Nouvelle Revue historique du droit français et étranger*, 1921, p. 119 et s.

(2) Et c'est pourquoi héritier légitime et héritier ab intestat sont, dans le langage romain, deux concepts distincts, le premier n'étant qu'un cas particulier du second, tandis que dans le langage moderne les deux expressions sont synonymes.

les principales règles de la succession *ab intestat* au temps des XII Tables et à l'époque subséquente. Or cette hypothèse paraît susceptible de recevoir quelque confirmation par voie d'ambiance ou de subséquence ; elle semble projeter une lumière nouvelle sur quelques institutions contemporaines ou immédiatement postérieures.

Deux faits primitifs semblent notamment s'adapter exactement à cette hypothèse sur l'origine de l'agnation externe : c'est d'abord la création de l'action en partage d'hérédité ; c'est ensuite l'inscription tumulaire HMHENS, avec ses clauses accessoires sur l'exclusion du dol et du *jus civile*.

I.

Lorsqu'on qualifie l'indivision d'état anormal, dérogatoire et fâcheux, on exprime une idée exacte au point de vue économique ; quand le propriétaire est une hydre à plusieurs têtes, la propriété court risque d'être mal administrée. Mais dans la pratique juridique, l'idée n'est pas exacte : la copropriété est sur le terrain successoral un accident normal, inévitable, presque périodique ; elle se manifeste dans les hérédités presque fatalement, à chaque transmission d'une génération à la suivante ; elle surgit toutes les fois qu'il y a plusieurs héritiers appelés concurremment à une même succession. Il y a dans cette reproduction quasi-périodique de l'indivision successorale, un fait pressant, qui a pu éveiller l'attention d'un législateur primitif, particulièrement sensible à l'influence des faits.

On peut saisir assez nettement les diverses phases de l'intervention du législateur romain, et le sens de cette intervention, qui a rendu l'indivision de plus en plus facile à dissoudre au moyen du partage, et qui, par cela même qu'elle faisait de l'indivision prolongée une situation volontaire et en quelque sorte contractuelle, a rapproché de plus en plus le régime de l'indivision de celui de la société.

Dans une première période, antérieure aux XII Tables, il n'y a pas encore d'intervention législative. Le droit semble dire aux co-héritiers : Votre co-propriété est une affaire de famille, et je n'interviens ni dans sa gestion, ni dans son partage. On ne peut alors sortir de l'indivision que difficilement, par un partage amiable, fait du consentement de tous les communistes. L'état normal c'est le prolongement de la *familia inercta*, telle qu'elle existait au temps de la vie du défunt ; c'est le *consortium*.

Une deuxième phase s'ouvre avec les XII Tables. Le législateur intervient pour la première fois, non pas dans la gestion des biens communs, qui reste une affaire de famille, mais dans leur partage. Les XII Tables ont créé l'*actio familiae herciscundae*, par laquelle l'un des co-héritiers peut imposer aux autres sa volonté dissidente, et les contraindre au partage (1).

A la fin de la République, par une influence du contrat de société qui vient d'être dégagé, le droit s'immisce pour la première fois dans la gestion des biens communs, en sanctionnant les *praestationes personales* (2) ; mais il n'intervient que timidement, avec la préoccupation de réprimer toute initiative de l'un des co-propriétaires sans l'assentiment des autres, et de donner toujours raison aux partisans du *statu quo ante* : *potior est causa prohibentis* (3).

Enfin dans une quatrième phase, qui accentue le rapprochement entre l'indivision et la société, le droit se propose de modeler la gestion des choses indivises sur la gestion des choses sociales, et dans ce but, il introduit ici le principe social de la prépondérance de la majorité ou du contrôle des tribunaux ;

---

(1) Gaius, D., 10, 2, 1, pr.

(2) Alfenus, D., 10, 3, 26 ; Ulp. (Labéon), D, 10, 3, 1, § 3 ; Ulp. (Ofilius), 10, 2, 16, § 6.

(3) Pap., D., 10, 3, 28 (interp. : Berger, *Zur Entwicklungsgeschichte der Teilungsklagen*, 1912, p. 233 s.).

les innovations utiles sont possibles, quand elles sont commandées par l'intérêt collectif. La seule question que soulève cette innovation est celle de sa date. Remonte-t-elle à l'époque classique? Ou émane-t-elle seulement de JUSTINIEN, qui aurait interpolé les textes classiques? (1)

Dans cette évolution, le seul point qui nous intéresse est la transition entre la première et la deuxième phase, celle qui a provoqué les XII Tables à la création de l'action en partage de l'hérédité.

Trois faits nous sont connus, qu'il s'agit de coordonner et d'harmoniser. Le premier de ces faits, c'est que les *consortia inter fratres* étaient fréquents et même habituels dans les temps primitifs (2), tandis qu'à l'époque classique ils n'apparaissent plus qu'exceptionnellement. Le deuxième fait, c'est que les *fratres consortes* trouvent dans leur communauté une facilité, encore signalée à l'époque classique, pour entrer en possession de l'hérédité laissée par l'un d'eux (3), et par conséquent, peut-on ajouter, pour l'acquérir par voie d'usucapion, à l'époque où celle-ci était encore possible ; à la mort de l'un des *consortes*, les survivants se trouvent en possession de l'hérédité, et sont, par le seul fait du *consortium*, *in causa usucapiendi*. Enfin le troisième fait, c'est la création par les XII Tables de l'action en partage d'hérédité, et il est à remarquer que ce fut alors la seule action en partage créée par cette loi ; l'action *communi dividundo*, qui a pour but de provoquer le partage d'une chose particulière, est bien plus tardive et est

---

(1) La question porte principalement sur l'authenticité ou l'interpolation de ULP., D. 10, 3, 6, § 12 ; 17, 2, 63, § 5 ; PAUL, D., 8, 2, 26. Cfr. CUQ, *Manuel*, 1917, p. 251-253. L'ambiance parait plutôt favorable à l'origine classique ; car dès l'époque classique la loi de la majorité s'applique entre créanciers d'une succession de solvabilité douteuse : *transactio*, qui est une des origines classiques du bénéfice d'inventaire : D., 2, 14, 7, § 17 ; 8 à 10.

(2) CUQ, *Inst. jur. des Romains*, I, 1re édit., 86, 289, 658 ; GIRARD, *Manuel*[7], p. 605, n. 3.

(3) POMP., D., 29, 2, 78.

vraisemblablement postérieure à la naissance du contrat de société (1).

Or si on applique ici l'hypothèse qui attribue aux XII Tables la création de la vocation héréditaire de l'*adgnatus proximus*, les trois faits précités s'enchaînent aisément, et on obtient une explication très plausible de la création de l'action en partage de l'hérédité.

En pratique, le plus souvent, l'*adgnatus proximus* d'un défunt, mort sans héritiers siens, est constitué par le groupe de ses frères et sœurs consanguins, c'est-à-dire par ses collatéraux les plus proches. Ce ne peut être un ascendant ; car ou bien l'ascendant avait la *potestas* sur le défunt, et alors celui-ci n'a pu laisser qu'un pécule, non une succession ; ou bien, il ne l'avait pas, et alors il n'est pas de la même famille. Normalement l'*adgnatus proximus*, c'est donc le groupe des frères et sœurs nés du même père.

Or avant les XII Tables, suivant notre hypothèse, les frères et sœurs du défunt n'étaient ni agnats, ni héritiers. Si après la mort du *pater* commun, les frères et sœurs continuaient à vivre ensemble, sans faire de partage, s'ils continuaient la *domus* de leur *pater*, en formant un *consortium*, ils y trouvaient un double avantage, celui de ne rien changer à leur mode d'existence et peut-être de rester dans la même classe du cens, et surtout celui d'être *in causa usucapiendi* : à la mort de l'un des *consortes*, les survivants étaient en possession des biens du défunt, et pouvaient usucaper sa part ; la *gens* n'avait aucune raison d'empêcher cette usucapion, puisque les biens restaient dans la *gens*. Et ainsi peut-on s'expliquer l'usage général des *consortia inter fratres* avant les XII Tables ; le maintien de l'indivision familiale et la possession en commun étaient les préliminaires de l'*usucapio pro herede*, laquelle suppléait, entre frères et sœurs, au droit de succession qui leur

(1) Berger, *op. cit.*, p. 1 à 8.

manquait (1). Et c'est pourquoi le partage des biens paternels ne pouvait pas être imposé par l'humeur séparatiste de l'un des *consortes*, et n'était possible que du consentement de tous ; il n'y avait donc pas d'action en partage. Il résulte de là qu'avant les XII Tables, les frères et sœurs issus d'un même *pater* arrivaient en fait à se succéder entre eux *ab intestat* par le moyen de l'usucapion, quand le défunt n'avait pas laissé de *sui heredes*. Il est naturel que les XII Tables aient érigé ce fait en règle de droit ; en appelant l'*adgnatus proximus*, elles ont consolidé une coutume déjà constante ; en accordant à l'*adgnatus proximus* une vocation héréditaire, elles l'ont simplement dispensé de recourir à l'usucapion. Le terme *proximus* a pu avoir alors un sens matériel, le sens de prochain, vivant tout près du défunt, en commun avec lui (2).

Cette réforme, ouvrant entre frères et sœurs un droit successoral indépendant de l'*usucapio*, a eu pour conséquence de diminuer l'importance des *consortia*. Leur maintien ne présenta plus la même nécessité, et il dut être possible d'en sortir à ceux qui voulaient vivre à part. De là l'action en partage d'hérédité, établie par les XII Tables, sans doute comme une conséquence immédiate et logique de la vocation héréditaire nouvelle

---

(1) C'était là l'application principale de l'*usucapio pro herede*, qui n'avait alors rien d'*improba* (Cf. *N. R. H.*, 1922, p. 146, 147 ; Muirhead, *Introd. au dr. privé de R.*, trad. Bourcart, p. 63). Et Gaius, II, 55 commet une inexactitude, non de fond, mais d'époque, en lui attribuant comme origine, la préoccupation d'assurer le culte des *sacra privata*. Cela ne peut être vrai (et encore d'une vérité plus théorique que pratique) qu'à l'époque avancée de Cicéron, où l'*usucapiens* figure en troisième ligne parmi ceux qui peuvent être chargés des *sacra*, alors en décadence (Cic., *de leg.*, II, 19). Au contraire, l'*usucapiens* n'est pas mentionné dans le règlement pontifical plus ancien qui remonte à Coruncanius (vers 500 de R.), règlement plus simple qui se place à une époque où l'on ne cherchait pas encore à éluder la charge des *sacra*, et où les pontifes n'étaient pas obligés de recourir à des expédients pour les imposer presque au premier venu, par exemple à un créancier qui a touché son dû, ou à un débiteur qui n'a pas payé sa dette (Cic., *de leg.*, II, 20, 21). Cf. Kniep, Gaius, II, p. 192-196).

(2) Kalb, *Juristenlatein*, 2. *Aufl.*, 1888, p. 56, 57.

accordée à l'*adgnatus proximus*. Et cette relation supposée peut être appuyée par un fait déjà signalé, c'est que les XII Tables n'ont créé que l'*actio familiae herciscundae*, l'*actio communi dividundo*, en partage d'une indivision non successorale, étant bien postérieure. C'est donc que la raison de cette création est spéciale à l'hérédité.

Mais les *consortia* étaient trop profondément entrés dans les mœurs des Romains pour disparaître d'un jour à l'autre. D'ailleurs leur utilité successorale était diminuée, mais non supprimée. Ils pouvaient encore servir à commencer une *usucapio pro herede*, utile non plus pour remplacer une vocation successorale maintenant établie, mais pour consolider cette vocation en face d'autres vocations préférables, par exemple celle d'un héritier testamentaire, ou plus tard celle d'un enfant émancipé, quand le préteur a établi la *bonorum possessio unde liberi*. Alors le *consors* doit à sa situation l'avantage de pouvoir commencer l'*usucapio pro herede* immédiatement, dès le lendemain de la mort du *de cujus*, et si aucun héritier préférable ne réclame l'hérédité, au bout d'un an, sa vocation sera consolidée. Grâce au *consortium*, il est héritier provisoire, *sine re*, dira-t-on plus tard dans le langage prétorien ; il a donc encore intérêt à usucaper, et par conséquent à vivre *in consortio*.

Si ce raisonnement conjectural est exact, on doit en trouver des traces dans le droit qui a suivi les XII Tables ; on doit y rencontrer des indices par subséquence, et cela aussi bien dans le droit successoral prétorien que dans le droit civil. Ces indices existent en effet, et si chacun d'eux, pris en particulier, peut paraître faible, ils sont cependant dans leur ensemble significatifs par leur concordance.

Si la jurisprudence voconienne, et probablement avant elle la loi Voconia elle-même, ont excepté les sœurs consanguines de l'exclusion héréditaire prononcée contre les agnates, ce n'est pas seulement pour cette raison qu'ayant vécu autrefois sous la même puissance que le défunt, celle de leur père commun, elles avaient collaboré à la formation du patrimoine

familial. Cette considération ne peut avoir assez de force pour fonder l'attribution d'une succession ; elle n'a que la valeur d'un souvenir assez vague et inconsistant. Elle acquiert, semble-t-il, une précision et une portée bien plus fortes, lorsqu'on la modifie ainsi : Si les consanguines échappent à l'exclusion voconienne, c'est pour cette raison de fait qu'au temps de la loi Voconia, les *consortia* entre frères et sœurs étant encore d'usage courant, ces sœurs consanguines avaient vécu en commun avec le défunt, et étaient à sa mort en situation d'héritières provisoires, en possession de son hérédité et en voie de l'usucaper.

Voici une autre particularité du *consortium*, qui a laissé derrière elle une trace durable. Supposons qu'un *consors*, se trouvant en possession des biens communs à lui et au défunt, n'accepte pas formellement la succession ; il se contente d'administrer l'hérédité confusément avec ses biens propres, et il se tient coi, comptant sur le temps qui travaille pour lui, au cas où l'héritier préférable (institué ou émancipé) laisserait passer, sans agir, le court délai d'un an nécessaire à l'usucapion. Ce *consors* n'est pas *possessor pro herede*, puisqu'il n'a pas réclamé formellement l'hérédité (1). Quelle est donc sa qualité ? Il est *possessor pro possessore* ; attaqué par l'héritier préférable, il ne peut répondre que : *Possideo quia possideo.* Il n'est ni *fur*, ni *prædo*, ni *raptor ;* il est le véritable type de cette catégorie des *possessores pro possessore*, défendeurs à la pétition d'hérédité, catégorie qu'à l'époque classique on ne sait plus comment remplir, et que les compilateurs de JUSTINIEN essaient vainement de définir par le moyen illusoire d'un découpage et d'une mosaïque de textes (2).

Enfin si on veut bien admettre avec nous que l'*usucapio pro herede* fonctionnait à l'origine, principalement au profit

(1) La *gestio pro herede* n'était vraisemblablement pas à l'époque primitive un mode d'acceptation de l'hérédité (GIRARD, *Manuel*[7], p. 919, n. 1).

(2) D., 5, 3, 11, § 1 ; 12 ; 13 pr.

des *fratres consortes*, c'est-à-dire des *adgnati proximi*, il devient aisé d'expliquer pourquoi cette *usucapio*, à la différence des autres *usucapiones*, n'a pas suivi l'évolution limitative qui a introduit progressivement dans ces dernières le juste titre et la bonne foi. On explique ordinairement cette anomalie en faisant remarquer que cette évolution restrictive de l'usucapion en général ne s'est effectuée que tardivement, à une époque où l'*usucapio pro herede* était déjà en voie de régression et de disparition. Mais cette relation historique n'est pas exacte. L'évolution introductive du juste titre et de la bonne foi est terminée au commencement de l'Empire, au temps des *veteres* (1), et cette évolution s'est faite lentement, par une progression commencée après les XII Tables et dérivée en partie de la règle des XII Tables sur les *res furtivae*. Quand cette évolution est terminée, l'*usucapio pro herede* est encore en vigueur, et n'est pas encore considérée comme *improba*, puisque la jurisprudence pontificale du temps lui attache l'attribution des *sacra*. Dès lors la question reste entière : pourquoi le juste titre et la bonne foi ne se sont-ils pas appliqués à l'*usucapio pro herede*, comme aux autres usucapions? Si on admet avec nous que cette *usucapio* a fonctionné longtemps encore après les XII Tables au profit du *consors*, c'est-à-dire d'un possesseur de l'hérédité ayant une *possessio justa*, non entachée de *furtum*, et ayant une vocation successorale provisoire, on arrive tout naturellement à la conclusion suivante : De quelque manière que se soit opérée l'évolution restrictive de l'*usucapio* en général, qu'elle se soit accomplie par le dégagement de la bonne foi d'abord (2), ou par celui du juste titre (3), cette évolution était évidemment inapplicable au *consors*, devenu depuis les XII Tables *legitimus heres*, qui avait une possession, non pas seulement acquise, mais pré-

(1) *Fr. Vat.*, 1 ; Sabinus et Cassius, D. 18, 1, 27, pr. ; 41, 3, 10, pr.
(2) Esmein, *Mélanges*, p. 193 s.
(3) Pernice, *Labeo*, II, 1, p. 425 s.

existante, et qui pouvait invoquer un droit, peut-être provisoire, mais véritable, bien supérieur à la simple bonne foi du *non dominus*.

Sans doute, cette situation particulière de l'*usucapio pro herede* vis-à-vis des autres usucapions s'est modifiée, lorsque le *consortium inter fratres* est tombé en désuétude, et ce fait s'est produit aux approches de l'époque classique (1). Alors pour se mettre *in causa usucapiendi*, il a fallu, le plus souvent, se mettre en possession, se créer à soi-même une possession ; mais, presque toujours, cette possession étant *injusta*, il fallait en changer ensuite la *causa*, pour en faire une *possessio pro herede*. Mais les classiques opposaient le principe : *Nemo potest ipsi mutare causam possessionis*. De là, au nom de ce principe, une réaction qui se produit au début de l'Empire, et qui conduira à la décision d'HADRIEN et à l'*usucapio pro herede*, considérée comme malhonnête et criminelle. Cette tendance se manifeste dans plusieurs textes de JULIEN, proscrivant *lucri faciendi causa pro herede usucapere* (2).

En somme le *consortium* fournissait à l'*usucapio pro herede* la grande majorité de ses applications honnêtes ; quand il a

---

(1) Les textes de l'époque classique ne mentionnent les *consortia* que rarement et incidemment : D., 17, 2, 52, § 8 ; 31, 89, § 1 ; 26, 7, 47, § 6 ; 29, 2, 78.

(2) D., 41, 3, 33, § 1 ; 41, 5, 2, § 2. Cette réaction a été mise en lumière par PERNICE, *Labeo*, II, 1, p. 429-432. Cet auteur, se rendant compte de la quasi-impossibilité qui existe à concevoir une *usucapio pro herede* primitive, qui ait une véritable valeur pratique et qui ne soit pas malhonnête, est amené, par la force des idées, à formuler obscurément, pour le droit très ancien, une hypothèse, qui se rapproche beaucoup de celle que nous proposons (p. 431) : « Naturellement on ne peut pas se représenter la prise de « possession de l'hérédité comme une usurpation consciente. Les personnes, « rassemblées dans la maison du *de cujus* au moment de sa mort étaient, « on le comprend, ses plus proches. Mais ce sont des parents par le sang « ou des amis intimes. Et ainsi l'usucapion se revèle peu à peu comme un « complément de l'organisation établie par les XII Tables... la situation « se présente dans la réalité comme si GAIUS, II, 59, disait qu'un agnat « quelconque doit être vigilant, ou que les plus proches du défunt, comme il convient, acquerront son patrimoine ».

disparu, cette *usucapio* s'est trouvée en quelque sorte dans le vide (1), et a suivi, à peu de distance, le sort du *consortium*. Et c'est encore un indice que la simultanéité de leur disparition.

Dans le système successoral prétorien, on peut aussi relever quelques indications favorables à notre hypothèse, quoique ces indications soient moins nettes, le système prétorien datant d'une époque où le *consortium* a déjà perdu une partie de son importance première. Il est déjà significatif que la plus ancienne des *bonorum possessiones* soit précisément celle que nous supposons avoir profité principalement aux *consortes*, la *B. P. unde legitimi*. Elle date d'une époque où l'*in bonis habere* n'existait pas encore, et le nom même de *bonorum possessio*, qu'elle a porté et qui s'est étendu ensuite aux autres *B. P.*, s'accorde parfaitement avec l'origine consortiale ; par cette *B. P.*, le préteur reconnaissait une possession de fait antérieure à l'ouverture de la succession.

Un peu plus tard, lorque le préteur établit la *B. P. unde liberi*, en faveur des enfants émancipés (les *sui heredes* n'en avaient pas besoin), *B. P.* qui fut d'abord sans doute *sine re* à l'égard des *sui*, cette *B. P.* de l'émancipé le met en conflit avec l'*adgnatus proximus*. Or le préteur, qui veut favoriser l'émancipé, qui le préfère au *legitimus*, lui accorde comme délai pour demander la *B. P.*, non pas le délai habituel de cent jours, emprunté à la *cretio*, qu'il accorde aux autres *bonorum possessores*, mais un délai plus long, délai maximum,

(1) Les cas d'*usucapio* honnête sont encore possibles, mais trop exceptionnels pour justifier le maintien de l'institution. Il y en a un exemple dans une lettre de Pline, V, 1, où il s'agit d'un conflit entre Pline, héritier institué, et Curianus, fils de la testatrice, exhérédé par sa mère. Un délai de deux ans s'est écoulé, et Pline pourrait invoquer l'usucapion (V, 1, 10) : *Scis te non subscripsisse mecum, etiam biennium transisse, omniaque me usucepisse.* Mais ni Pline, ni son adversaire ne considèrent cette circonstance comme décisive. On approche de l'époque où Hadrien abolira l'usucapion. D'ailleurs ce délai de deux ans mentionné par Pline, alors que primitivement un an aurait suffi, montre que l'*usucapio* ne fait plus alors acquérir le titre d'héritier, mais seulement les *res hereditariæ*, parmi lesquelles les *res soli* exigent deux ans de possession.

un délai d'un an, qui est précisément le délai de l'*usucapio pro herede*, supposée commencée dès le jour du décès, c'est-à-dire le délai qui aurait été nécessaire au *legitimus consors* pour acquérir définitivement l'hérédité au préjudice de l'émancipé.

II.

L'origine légale de l'agnation externe peut également servir à déterminer le sens exact d'une inscription tumulaire qu'on rencontre quelquefois sur les tombes de l'époque païenne. Cette inscription est parfois écrite en toutes lettres : *Hoc monumentum heredem exterum non sequetur*, mais le plus souvent par simples initiales : *HMHENS*. Exceptionnellement elle est accompagnée d'une autre clause : *Huic monumento dolus malus abesto*, *HMDMA*, et dans quelques cas, on trouve encore une autre adjonction : *Jus civile abesto* ou *jureconsultus abesto*. Sur d'autres tombeaux assez nombreux on trouve la clause *HMDMA* seule, sans la clause *HMHENS*. Enfin, beaucoup plus fréquemment, on rencontre une inscription un peu différente, c'est la clause *HMHNS* : *Hoc monumentum heredem non sequetur*.

On se trouve donc en présence d'un groupe complexe de clauses, et il importe tout d'abord d'en indiquer les proportions, avant d'aborder le fond du problème. Cette détermination est d'autant plus nécessaire, qu'en général nous n'avons pas les dates de ces inscriptions tumulaires. Nous savons seulement que la grande majorité des inscriptions tombales de Rome et de sa banlieue, qui ont été rassemblées au nombre de plus de 37.000 par le *Corpus inscriptionum latinarum*, T. VI, se placent au cours des trois premiers siècles de notre ère, et par suite coïncident à peu près avec l'époque classique, mais certaines sont plus anciennes et remontent au temps de la République. Dès lors, faute d'une chronologie précise, et étant donné qu'il s'agit d'une masse assez considérable d'inscriptions, qui permet l'application du raisonnement inductif,

les proportions numériques entre les diverses inscriptions peuvent fournir des données qui ont chance d'être exactes sur l'importance et l'ancienneté respective de telle ou telle clause (1).

Si on considère d'abord l'ensemble des inscriptions tombales rassemblées dans le Tome VI du *C.I.L.*, on constate que l'inscription *HMHNS* est beaucoup plus fréquente que l'inscription *HMHENS*. Sur le chiffre rond de 37.000 inscriptions, se référant à Rome et à sa banlieue, chiffre dont il faut déduire environ un tiers, trop mutilé pour entrer en ligne de compte, ce qui réduit le nombre à 25.000, on arrive approximativement aux résultats suivants :

Inscription	*HMHNS* seule	130
»	*HMHENS* seule	50
»	*HMHNS* avec *HMDMA*	10 (2)
»	*HMHENS* avec *HMDMA*	9 (3)
»	*HMDMA* seule	80
»	*HMDMA* avec *Jus civile abesto* . .	4 (4)

De ces chiffres, il résulte d'abord que toutes ces clauses ne sont pas très fréquentes par rapport au total des inscriptions, et ce fait peut déjà faire soupçonner qu'elles sont des survivances d'un état ancien, et qu'à l'époque classique elles consti-

---

(1) Il y a là une masse documentaire qu'on est étonné de ne pas voir plus sérieusement utilisée par les auteurs assez nombreux qui ont consacré des ouvrages ou des thèses à l'étude du *jus sepulcri*. Peut-être y trouverait-on encore des renseignements d'une autre nature, par exemple sur la natalité romaine au temps du Haut-Empire, c'est-à-dire sous le régime des lois Caducaires. Lorsqu'on parcourt ces inscriptions, on est surpris du nombre relativement considérable d'inscriptions qui destinent le tombeau à l'édificateur, à sa femme et à ses affranchis, affranchies et descendants d'eux, ce qui implique l'absence d'enfants.

(2) *C. I. L.*, VI, 14897, 16645, 16746, 18781, 18912, 19931, 21268, 34104, 34913, 35287.

(3) *C. I. L.*, VI, 2345, 10219, 10257, 10624, 10876, 13114, 14462, 14670, 15771.

(4) *C. I. L.*, VI, 8861, 8862, 10525, 12133 (cette dernière inscription porte : *dolus malus abesto et jurisconsultus*).

tuent des clauses traditionnelles, dont le véritable sens est affaibli ou obscurci, ou que peut-être la plupart des tombes qui contiennent ces inscriptions sont en moyenne plus anciennes que les autres, et remontent au temps de la République. Cette impression d'archaïsme s'applique notamment à la clause *HMDMA*, dont on n'aperçoit plus la portée exacte à l'époque classique, et plus encore à la clause *JCA*, qui semble alors tout à fait étrange. Mais ce caractère désuet s'applique également à la plus fréquente des clauses précitées, à la clause *HMHNS*. Cette inscription, en faisant pour le moment abstraction de sa variante *HMHENS*, ne peut avoir qu'un sens, c'est que l'édificateur du tombeau a voulu faire un *sepulcrum familiare*, réservé à ses seuls parents, indépendamment de la qualité d'héritier institué ; autrement dit : le *sepulcrum familiare* ne doit pas devenir un *sepulcrum hereditarium*. Or, à l'époque classique, la règle contraire avait certainement prévalu, au moins avec une portée subsidiaire, c'est-à-dire qu'à défaut d'agnats, le *sepulcrum familiare* allait aux héritiers institués (1) ; la clause *HMHNS* avait donc perdu le sens d'exclusion qui correspond à ses termes, et n'avait plus qu'une portée préférentielle au profit des agnats sur les héritiers institués, quant au *sepulcrum familiare* ; elle était donc affaiblie et en partie tournée.

On est donc autorisé à voir dans ces différentes inscriptions, même dans la plus fréquente, des clauses partiellement ou totalement désuètes, dont il faudra chercher l'explication dans le droit et dans la coutume antérieurs, et cette première conclusion est confirmée par certaines particularités, qui permettent d'attribuer à ces clauses un caractère nettement romain et même patricien. Ainsi, en dehors de Rome, dans le

(1) ULP., D., 11, 6, 6, pr. : *Sed in utroque (familiari et hereditario) heredibus quidem ceterisque successoribus, qualescumque fuerint, licet sepulcri et mortuum inferre.*

reste de l'Italie, ces clauses ne se rencontrent pas (1) ; on n'y trouve que des inscriptions contenant sous une forme non traditionnelle, positive, l'équivalent des clauses d'exclusion précitées (2). Ainsi encore on peut relever la fréquence relative de ces clauses sur les tombes des *Claudii*, patriciens (3), alors qu'on ne les rencontre pas sur les tombes des *Clodii*, plébéiens (4). Elles existent, avec leur teneur habituelle, sur les sépulcres des *Ælii* (5), et avec la forme positive sur ceux des *Fabii* (6) ; on les trouve quatorze fois sur les tombeaux des *Flavii* (7). Quand il s'agit de défunts portant des noms d'origine grecque elles deviennent rares, ou manquent totalement (8). Elles sont assez fréquentes sur les tombes des pontifes (9). Malgré les lacunes d'une transmission qui dépend du résultat hasardeux des fouilles, il est difficile d'attribuer au hasard cet ensemble d'indices concordants.

Il reste alors à trouver l'explication de ces clauses qu'on peut considérer comme d'origine romano-patricienne et devenues en partie archaïques au temps classique.

Une explication a été proposée par Wamser et ensuite développée par Mommsen (10). D'après ces auteurs, il y avait dans la

(1) Sauf peut-être dans un seul cas, d'ailleurs douteux : *C. I. L.*, X, 3005, (Puteoli) où on lit *H. M.* ; le reste est effacé.

(2) Nous parlerons plus loin de ces formes positives : *C. I. L.*, V, 381 (Naples) ; X, 2224 (Puteoli) ; X, 3147, 3594 (Misenum) ; XI, 1362, (Luna).

(3) *C. I. L.*, VI, 14857 à 15663, parmi lesquels on relève : 14893, 14897, 15145, 15146, 15221, 15266, 15294, 15311, 15324, 15593, 15634 ; *adde* 34913 et 35068.

(4) *C. I. L.*, VI, nos 15683 à 15849.

(5) *C. I. L.*, VI, 10609 à 11004, parmi lesquels on relève : 10624, 10645, 10665, 10682, 10728, 10874, 10838, 10876, 10948.

(6) *C. I. L.*, VI, 17505, 17549, 17618.

(7) *C. I. L.*, VI, 17983 à 18502.

(8) Ainsi elles manquent totalement sur les tombes portant les noms d'Ephesius à Eutyches : *C. I. L.*, VI, 17170 à 17468.

(9) *C. I. L.*, VI, 2176, 2183, 2247, 22083.

(10) Ferd. Wamser, *De jure sepulcrali Romanorum quid tituli doceant, Dissertatio inauguralis*, Darmstadt, 1887, p. 22, 23. — Th. Mommsen, *Zum römischen Grabrecht*, dans *Ztschr. d. Savigny-Stiftung f. R. G., Roman. Abth.*, 1895, B. XVI, p. 203-220 (v. not., p. 207, note 1, p. 215 à 217 et 220).

Rome primitive une distinction tranchée entre le *sepulcrum familiare* et le *sepulcrum hereditarium*. Le premier était le tombeau vraiment conforme aux idées anciennes, tombeau de la *familia* et de la *gens*, destiné exclusivement aux parents, indépendamment de toute vocation héréditaire effective, et à plus forte raison de toute vocation testamentaire ; les agnats et les *gentiles* conservaient ce droit, même quand ils avaient été exhérédés par le testateur, à moins que celui-ci, mû par un juste sujet de ressentiment, ne les ait formellement exclus (1). A l'opposé de cette tombe exclusivement familiale, le *sepulcrum hereditarium*, destiné aux héritiers institués, était en même temps et subsidiairement *familiare :* il allait aux agnats à défaut d'héritiers institués, et par là s'établissait déjà un commencement d'interpénétration entre les deux catégories de tombeaux. Mais l'interpénétration s'est-elle accomplie aussi en sens inverse? Le *sepulcrum familiare* est-il devenu, lui aussi, accessoirement et à défaut d'agnats, un *sepulcrum hereditarium*? L'extension est réalisée à l'époque classique ; à cette époque, le *sepulcrum familiare* est ouvert principalement aux agnats, et à leur défaut aux héritiers institués. Mais cette interprétation libérale n'a pas prévalu sans résistance, et cette résistance nous est attestée par plusieurs faits. C'est d'abord l'usage très répandu de la clause par laquelle l'édificateur du tombeau établit le *jus sepulcri : sibi et suis, sibi, liberis, posterisque eorum*. Cette inscription avait manifestement pour but, non pas tant d'appeler les *liberi*, qui l'étaient déjà de plein droit, que d'exclure les *heredes exteri*, étrangers à la famille. Et ce but se précise et s'accentue par l'adjonction des clauses *HMHNS* ou *HMHENS*, que Mommsen et Wamser considèrent comme équivalentes, la première excluant les héritiers comme tels, les héritiers qui n'ont pas d'autre titre que leur

(1) Ulp., D., 11, 7, 6. Ex. d'exclusion formelle : *C. I. L.*, VI, 8857 : *Excepto Euty he libero meo, cujus neque corpus, neque ossa in hoc monumento inferri volo.*

vocation, qui ne sont pas parents ; la seconde excluant les héritiers étrangers à la famille, ce qui revient au même. Ces clauses d'exclusion des héritiers sont assez répandues pour qu'Horace en fasse mention dans une de ses poésies, à propos des tombes communes réservées aux gens du bas-peuple et aux esclaves (1).

D'après Mommsen, complétant sur ce point Wamser, ces clauses excluant les héritiers non parents du *sepulcrum familiare*, constituent une réaction, d'esprit pontifical, contre la doctrine libérale des jurisconsultes civils, qui, dès la fin de la République, admettaient l'héritier institué au *sepulcrum familiare*, à défaut de parents, précurseurs sur ce point de la doctrine classique. Mais cette innovation allait à l'encontre des idées anciennes et étroites des pontifes, qui s'opposaient avec intransigeance à l'admission, même subsidiaire, des *exteri heredes*. C'est à ce conflit que ferait allusion Cicéron, par un propos qu'il met dans la bouche d'Atticus (2).

Alors on comprend que ces inscriptions, inspirées par un esprit de résistance à l'égard des jurisconsultes, soient parfois accompagnées de clauses excluant l'intervention de ces jurisconsultes, ou défendant les chicanes et les arguties que pourraient soulever ces adversaires de la vraie doctrine pontificale. De là les clauses *JCA* et *HMDMA*.

On ne peut refuser à cette explication de Mommsen le mérite de l'ingéniosité, non plus que celui d'une adaptation exacte à la clause *JCA*. Mais c'est une hypothèse. Elle ne peut

(1) Horace, *Satires*, I, 8, v. 8-13.

(2) Cic., *de leg.*, II, 23 : *Video quae sint in pontifico jure, sed quaero ecquidnam sit in legibus.* Propos littéraire, insuffisamment précis pour servir de base à une hypothèse juridique ; car il peut aussi bien signifier que seul le droit pontifical est explicite, que les lois civiles sont muettes, et que par suite les jurisconsultes se bornent à développer les principes du droit pontifical. Et c'est bien en effet sous cet aspect que, un peu auparavant, Cicéron présente le rôle des jurisconsultes dans la question de la transmission des *sacra privata* (Cic., *de leg.*, II, 19). Cf. Kniep, *Gaius*, II, p. 192-196. Il y a subordination, plutot qu'opposition.

se justifier que par sa vraisemblance et son harmonie générale avec les faits ambiants. Or à cet égard, elle soulève d'assez graves objectives, et l'ambiance lui est plutôt défavorable.

Il semble difficile de nier l'existence d'une relation entre la transmission du *jus sepulcri* et celle des *sacra privata*. Le premier joue, à l'égard des seconds, le rôle d'un chef-lieu ; c'est sur le sépulchre des ancêtres que s'accomplissent certaines cérémonies des *sacra privata*, et c'est pour cette raison que l'accès des tombeaux est largement ouvert aux parents les plus éloignés, par l'application de clauses fréquentes, assez répandues pour n'être parfois formulées que par des initiales (1). Or, quant à la transmission des *sacra*, rien ne permet de supposer qu'il y ait eu désaccord entre les pontifes et les jurisconsultes, et que les héritiers testamentaires aient été écartés absolument par les parents ; dans les deux règlements pontificaux, d'époque différente, que nous rapporte CICÉRON (2), tous les héritiers, sans distinction de qualité, sont appelés en première ligne, et CICÉRON, après avoir dit que les pontifes avaient posé le principe de la transmission des *sacra* dans les familles en vue de leur perpétuité, montre les jurisconsultes s'appliquant à développer ce principe, sans faire allusion à une opposition quelconque entre les deux autorités. Si la transmission normale des *sacra* se faisait à l'intérieur de la famille, il devait cependant bien entrer dans le vœu de perpétuité posé par les pontifes l'idée, qu'à défaut de continuateurs familiaux, cette transmission se fît au profit des héritiers institués, d'autant plus que dans la forme primitive du testament comitial, ces derniers héritiers étaient agréés et contrôlés par les pontifes, même longtemps après que la forme législative du testament comitial eût perdu toute portée pratique.

---

(1) *C. I. L.*, VI., 7513 : *I A A S F D = Iter aditus ambitus sacrificiis faciendis debetur.* Cfr. d'autres clauses analogues dans 8520, 9258, 10235, 10247, 17651, 17653, 19085, 19086, 19949.

(2) *De leg.*, II, 19, 20, 21 : *Heredum causa justissima est ; nulla est enim persona quae ad vicem ejus qui e vita emigraverit propius accedat.*

Or ce qui est vrai de la transmission des *sacra* doit l'être aussi de la transmission du *jus sepulcri*. Celle-ci aussi est normalement familiale et exceptionnellement testamentaire. Si la distinction entre les *sepulcra familiaria* et les *sepulcra hereditaria* est incontestable (1), elle est en tout cas disproportionnée. En général, et cela se comprend, les tombeaux sont destinés à la famille ; l'immense majorité des sépultures de Rome, dont nous avons les inscriptions, est affectée par l'édificateur *sibi et suis posterisque eorum*, formule très usitée, souvent indiquée par de simples initiales : *SESPQE*. Dans la masse des 25.000 inscriptions à peu près intégrales, on relève tout au plus une dizaine de *sepulcra hereditaria*, sur lesquels les inscriptions sont formulées en termes variables et sans abréviations, ce qui indique que ces inscriptions ne sont pas usuelles (2), ou sur lesquels on trouve, parfois écrite par initiales, une formule exactement contraire à celle que nous étudions (3).

Il résulte de ces considérations que d'une part les pontifes avaient tout intérêt à admettre subsidiairement les héritiers testamentaires au *jus sepulcri familiaris*, pour mieux assurer la perpétuité des *sacra*, et que d'autre part les préteurs et jurisconsultes, organes habituels de l'opinion publique, ne pouvaient pas être poussés à exagérer le droit des héritiers testamentaires, étant donnée la rareté relative des *sepulcra hereditaria*.

Ce ne sont là, sans doute, que des considérations tendancieuses ; elles ne suffiraient pas à faire rejeter l'hypothèse

---

(1) Gaius, D., 11, 7, 5.

(2) *C. I. L.*, VI, 8450 *a* : *Duntaxat eos quos in testamento meo nominavero.* — 12064 : *Quisquis mihi heres est.* — 15840 : *Jus ad heredes ejus pertinet.* — 21861 : *Et iis quorum nomina in testamento inscripta sunt.* — 24353 : *Et heredibus heredibusque eorum.* — 26763 : *Et heredi meo.* — 33846 : *Posterisque eorum quos testamento meo honoravero.*

(3) *C. I. L.*, VI, 9138, 11451, 21282 : *H M E H Nostrum sequetur*, ou *H M H S.*

proposée par MOMMSEN, si celle-ci ne se heurtait pas à une objection plus précise et vraiment juridique. MOMMSEN et WAMSER confondent délibérément les deux clauses *HMHNS* et *HMHENS*, et comprennent *heres externus* dans le sens d'héritier étranger à la famille, d'héritier institué, non agnat. Or ce sens lâche est tout à fait contraire à l'acception juridique constante. *Heres exter* (ou *externus*, *extraneus*) signifie héritier externe à la *domus*, et non à la *familia :* il s'oppose à *suus heres* ou à *heres necessarius*, c'est-à-dire aux héritiers qui, à titre d'enfants *in potestate* du défunt, ou d'anciens esclaves affranchis par testament, avaient fait partie de la *domus* du défunt, de son vivant (1). *Exter* ne s'oppose qu'à *heres suus*, non à *adgnatus ;* il y a des agnats qui sont des *exteri*, et tel est précisément le cas des *adgnati proximi*. Ce défaut de concordance entre *exter* et *non adgnatus* peut sembler étrange ; on ne peut l'expliquer que comme la survivance d'une époque ancienne, où il y avait concordance, et où tout héritier externe à la *domus* était véritablement un *non adgnatus*, l'agnation ne dépassant pas la *domus*. Cette époque ancienne, c'est, d'après nous, le temps antérieur aux XII Tables.

Dès lors, la clause *HMHENS* formule une exclusion plus rigoureuse que la clause *HMHNS :* elle exclut du *jus sepulcri* tous les héritiers autres que les *sui* et les *necessarii*, tous ceux qui ne faisaient pas partie de la *domus* du défunt, qui n'étaient pas ses *agnats* au temps antérieur aux XII Tables ; elle exclut spécialement les *adgnati proximi*. Au contraire, la clause

---

(1) C'est la définition des *Inst.*, II, 19, 3. — Dans D., 50, 12, 14, POMPONIUS oppose *heres extraneus* à *ei qui ex numero liberorum est*. Dans D., 40, 12, 16, GAIUS l'oppose aux *necessariae personae*. Dans D., 29, 5, 6, § 1, PAUL l'oppose aux *sui*. Dans D. 32, 38, § 3, SCAEVOLA suppose un fonds légué *ut de nomine vestro nunquam exeat* ; il décide qu'après la mort du fils qui a reçu ce legs, le fonds peut aller *ad extraneos heredes* (évidemment *cuasi a nominis*). Cf. D., 31, 67, §§ 4 et 5 ; 69, §§ 1 et 3.

Exter a le même sens de *non domesticus*, appliqué aux esclaves (D., 29, 2, 67 ; 48, 5, 28, § 6) et aux posthumes.

HMHNS n'exclut que les héritiers institués, et laisse venir tous les agnats, les *domestici* et les *exteri*.

Cette conclusion prend corps, si l'on recherche dans les inscriptions tombales les formules positives qui correspondent à ces deux formules négatives. Le positif de la formule *HMHENS*, c'est la clause très fréquente, qui attribue le tombeau *sibi et suis posterisque eorum*, ou *sibi et libertis libertabusque*. Le positif de la formule *HMHNS* c'est la clause également répandue, appelant les héritiers *qui eodem nomine sunt* (1), de même que la clause négative peut être remplacée par un équivalent assez usité : *Alium nomen ne sequetur*, *Ne de nomine nostro exiat* (2).

Que les Romains d'une certaine époque n'aient pas confondu les deux clauses, c'est ce qui semble bien résulter des trois faits suivants. D'abord si dans la plupart des cas la formule est écrite entièrement par initiales, dans quelques cas le mot *exterum* est écrit seul en toutes lettres ou représenté par une abréviation plus explicite, telle que *EXT*, vraisemblablement dans un but d'accentuation (3). En outre, nous avons une inscription, recueillie sur la tombe d'un P. Marcius, probablement grand pontife, qui ne se bornant pas aux formules traditionnelles, contient à la fois les deux formules, positive et négative, et qui établit nettement que les *heredes exteri* sont bien les *non domestici* (4). Enfin nous avons quelques

---

(1) Avec des variantes intéressantes : 10239, *aequaliter in familiam nominis sui permaneat* ; 17042, *pertinet ad gentem*.

(2) Ex. de clause particulièrement explicite : 19915. Il y a aussi des variantes, notamment 19844 : *Ne quis alienigenum corpus inferre velit, item ne de nomine Juliorum exeat.*

(3) *C. I. L.*, VI, 10498, 22361, 22484, 27132*a*, 13944, 14893, 25171. On pourrait objecter que le mot *exterum* étant au centre de la clause a été mis en toutes lettres uniquement par raison de symétrie, parce que le sculpteur avait de la place en trop. Mais les trois dernières des inscriptions précitées sont ainsi conçues, avec une inversion qui est encore un moyen d'accentuation: *H M H N S EXTERUM.*

(4) *C. I. L.*, VI, 22083 : *P. Marcius, P. F. Maximus et Messenia L. F. Valeria fecerunt sibi et suis libertis libertabusque posterisque eorum ut usque ad unum ex domo eorum qui extiterit possideat ne ad exterum perveniat.* —

inscriptions indiquant nettement que l'héritier *exter* peut être *eodem nomine*, c'est-à-dire de la famille (1).

Si on applique ici notre hypothèse sur l'origine légale de l'agnation externe, la distinction entre les deux clauses, méconnue par MOMMSEN, se fait tout naturellement (2). En appelant à la suite des héritiers siens du *mos majorum* l'*adgnatus proximus*, surtout utile aux plébeïens qui n'avaient pas de *gentes*, les XII Tables se heurtaient à la tradition patricienne, et on comprend que des patriciens de vieille roche aient voulu exclure formellement du *jus sepulcri* cet héritier externe à la *domus*, par la clause *HMHENS*. On comprend aussi qu'ils aient voulu affirmer leur fidélité au *mos majorum*, en répudiant le *jus civile* nouveau qui introduisait un nouvel héritier. De là la clause *HMJCA*, dont on ne trouve plus que de très rares exemplaires, parce que c'est cette clause qui affirme la protestation la plus directe et la plus intransigeante contre l'innovation des XII Tables. De là aussi la clause *HMDMA* qui, ajoutée soit à la formule négative *HMHENS*, soit à la formule positive *sibi et suis*, proscrit toute chicane, toute contestation ayant pour but de faire venir des agnats externes (3).

P. F. signifie probablement ici *pontifex*, à cause de *maximus* et n'a pas le sens habituel de *pius felix*. Du reste un P. Marcius figure dans la liste des pontifes Calateurs (*C. I. L.*, VI, n° 32445). Il y a deux Marcii dans les fastes pontificaux, mais avec des prénoms différents (MARQUARDT, *Le culte chez les Romains*, trad. BRISSAUD, I, p. 385 s.).

(1) *C. I. L.*, VI, 7803c, 8480, 11137 : *Hoc monumentum exterum non sequetur, nisi de nomine utrorumque.*

(2) L'idée première de cette application ne m'appartient pas. Je dois en faire hommage à la mémoire de notre jeune collègue HENRI VINCENT, chargé de cours à la Faculté de Montpellier. Il avait émis cette idée au cours d'une de ces leçons d'agrégation, qui nous donnaient la certitude de son prochain et définitif succès. La mort impitoyable, en brisant cette jeune vie si riche d'espoirs, a renouvelé le geste de TARQUIN le Superbe; elle a abattu une des plus hautes tiges.

(3) Contestation qui devait se présenter presque fatalement. Un descendant des *sui* peut être collatéral, c'est-à-dire agnat externe par rapport au dernier défunt. Qu'on se rappelle la clause de concession des fiefs primitifs

Mais avec le temps, avec le déclin des idées patriciennes, avec le prestige des XII Tables grandi par l'éloignement, ces idées réactionnaires perdent leur virulence et aussi leur précision. Elles deviennent tout à fait confuses, lorsque le droit prétorien appelle des héritiers qui sont des *liberi* et qui ne sont pas des *sui heredes* (enfants émancipés), et surtout lorsque le droit civil lui-même appelle en première ligne des héritiers qui ne sont pas des *sui heredes*, et qui ne sont même pas *ex eodem nomine* (Sc. Orfitien). Alors la clause *HMHENS* a perdu sa portée distinctive ; elle se confond avec la clause *HMHNS*, qui n'a d'autre portée que d'exclure les héritiers institués, ou tout au moins de ne les appeler qu'à défaut d'agnats, clause qui est plus usuelle que l'autre, probablement aussi ancienne, mais dont le sens est beaucoup plus banal, beaucoup moins foncièrement romain (1).

L. MICHON,

« aux hoirs de corps du vassal ». Cette clause qui ne vise que les héritiers en ligne directe a cependant permis d'établir la succession en ligne collatérale. *D M A* pouvait avoir pour but d'empêcher une interprétation libérale du même genre.

(1) Pour arriver à une certitude complète, il faudrait pouvoir établir que les inscriptions accentuant l'exclusion de l'*externus* ou contenant la clause *J. C. A.* sont en général plus anciennes que les autres. Le *C. I. L.* ne fournit pas de données permettant d'établir l'âge probable des inscriptions. Il faudrait recourir au travail de l'inventeur primitif ou apprécier archéologiquement et sur pièce l'âge probable des tombeaux. Je n'ai pour cela ni les moyens, ni la compétence, et je ne puis que m'excuser de présenter un travail inachevé.

LE CARACTÈRE DE BONNE FOI DU CONTRAT DE VENTE ET L'OBLIGATION DE MANCIPER

PAR

R. MONIER

CHARGÉ DE COURS A L'UNIVERSITÉ DE LYON

LE CARACTÈRE DE BONNE FOI DU CONTRAT DE VENTE ET L'OBLIGATION DE MANCIPER

On admet généralement (1) qu'à la fin de la République, les jurisconsultes romains n'avaient pas encore tiré de conséquences importantes de l'idée que la vente était un contrat de bonne foi et l'on s'appuie sur un texte de LABÉON (2) pour démontrer qu'à son époque, le dol du vendeur n'était pas encore réprimé par l'action *empti*, mais par l'action *de dolo* subsidiaire.

Un examen critique de ce texte nous permet de croire que LABÉON n'avait jamais eu en vue le contrat consensuel de vente et ne visait que l'hypothèse de la stipulation à laquelle avait été adjointe la *clausula doli*. Seuls, les mots « *vel ex venditione* » font allusion à la vente dans ce passage.

ULPIEN nous rapporte que LABÉON était d'avis que l'action subsidiaire *de dolo* pouvait être accordée non seulement si l'inexistence de toute autre action était certaine, mais même en cas de doute.

LABÉON donne l'exemple suivant : celui qui devait l'esclave, lui a donné du poison avant de le livrer ou celui qui devait un

---

(1) Cf. en ce sens : GIRARD, *Manuel*, 6e éd., p. 549 et n. 3 ; 7e éd., p. 566 et n. 4.

(2) Dig. 4, 3, fr. 7, § 3 (ULPIEN, l. 11 ad edictum). Non solum autem si alia actio non sit, sed et si dubitetur an alia sit, putat Labeo de dolo dandam actionem et adfert talem speciem : qui servum mihi debebat [vel ex venditione vel] ex stipulatu, venenum ei dedit et sic eum [tradidit] : vel fundum, et [dum tradit], imposuit ei servitutem vel aedificia diruit, arbores exeidit vel extirpavit : ait Labeo, sive cavit de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam si cavit, dubium est an competat ex stipulatu actio.

fonds de terre a établi une servitude sur ce fonds, a détruit la maison ou abattu les arbres avant la livraison : qu'il ait fait ou non une promesse relative au dol, on doit donner contre lui l'action *de dolo*, car s'il a fait la promesse, il est douteux qu'on ait droit à l'action *ex stipulatu* (1).

L'enchaînement des idées montre bien que LABÉON ne songeait qu'à la stipulation et si dans l'état actuel du texte, on suppose que l'esclave était dû « *vel ex venditione, vel ex stipulatu* », il y a tout lieu de penser que les mots « *vel ex venditione vel* » ne figuraient pas dans le texte primitif (2). Sinon, on ne comprendrait pas pourquoi LABÉON ne fonderait sa solution que sur le fait que l'on n'est pas sûr que l'action *ex stipulatu* sanctionne la promesse relative au dol : il aurait dû aussi indiquer qu'il était douteux que l'on puisse intenter l'action *empti* dans une telle hypothèse.

Les compilateurs, en insérant les mots [*vel ex venditione vel*] dans notre phrase n'ont pas eu l'intention de faire la moindre innovation : ils ont simplement voulu introduire l'idée de vente dans notre texte auquel ils ajoutaient une phrase qui fait allusion à la fois à la stipulation et au contrat de vente (3) : ils ne se sont pas rendu compte qu'ils changeaient ainsi le sens du passage où ULPIEN rapportait l'opinion de LABÉON.

A l'époque des compilateurs, il n'y a plus aucun doute sur la validité de la *clausula doli* adjointe à une stipulation : aussi déclarent-ils qu'il est plus exact d'admettre qu'on n'accordera pas l'action *de dolo*, car le demandeur a droit à l'action *ex*

---

(1) Cf. PERNICE, *Labeo*, II[1], 1895, p. 168.

(2) L'interpolation des mots [vel ex venditione, vel] a déjà été signalée par M. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, I, 1912, pp. 50-51.

(3) D. 4, 3, fr. 7, § 3... [Sed est verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatio actio : si non est cautum, in ex empto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex empto, in ex stipulatu de dolo actio necessaria est.]

L'interpolation partielle de ce passage a été signalée par PERNICE, *Labeo*, II[1], 1895, p. 168, n. 1.

stipulatu ; prévoyant ensuite l'hypothèse où il n'y a pas eu de promesse relative au dol, les rédacteurs du *Digeste* font remarquer qu'en cas de vente, l'action *de dolo* n'a pas de raison d'être, car le dol est sanctionné par l'action même du contrat, par l'action *ex empto;* au contraire, en matière de stipulation, il est nécessaire d'intenter l'action *de dolo.*

Ainsi, afin de pouvoir exposer plus aisément leur propre solution et faire une comparaison entre la stipulation et la vente, les rédacteurs du *Digeste* ont altéré le texte d'Ulpien de telle manière que Labéon semble appliquer à la vente une décision qu'il n'entendait donner qu'en matière de stipulation. L'interpolation de ce texte nous paraît d'autant plus vraisemblable que Cicéron (1) admettait déjà que la bonne foi exigeait que le vendeur fasse connaître à l'acheteur les vices cachés de la chose vendue qu'il connaissait (2) : ce principe avait même été déjà appliqué judiciairement en matière de ventes d'immeubles.

Cicéron (3) nous raconte que les augures avaient ordonné à Ti. Claudius Centumalus de démolir la maison qu'il avait construite sur le Mont Caelius et dont la hauteur les gênait pour prendre les auspices. Claudius s'empresse de vendre sa maison qui est achetée par un nommé Calpurnius Lanarius auquel les augures notifient l'ordre d'abattre l'édifice.

Calpurnius ayant dû démolir la maison et ayant appris que Claudius l'avait mise en vente après avoir eu connaissance de l'ordre des augures, le contraignit à prendre un arbitre qui déclarerait « *quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona* ».

La sentence fut rendue par un M. Caton que Cicéron qualifie de « *hujus nostri Catonis pater* ». Il ne s'agit pas de

---

(1) Cicéron, *de officiis* 3, 16, 66 « ... a iurisconsultis etiam reticentiae poena est constituta ; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret nisi nominatim dictum esset, praestari oporteret. »

(2) Contra Haymann, *Die Haftung des Verkaüfers...*, I, pp. 44 et suiv. Cf. en ce sens, Costa, *Storia del diritto romano privato*, 2e éd., 1925, p. 393.

(3) Cicéron, *de officiis*, 3, 16, 66 et 67.

Caton l'Ancien, mais du père de Caton d'Utique, qui naquit au plus tôt vers l'an 620 de Rome (1).

M. Cuq (2) y voit un exemple d'arbitrage datant d'une époque où la vente était encore sans valeur juridique, mais les termes employés par Cicéron et la date du litige (3) font plutôt croire qu'il s'agit d'un véritable procès judiciaire intenté à un moment où la vente était déjà sanctionnée par des actions de bonne foi (4).

Le texte désigne Caton sous le nom d'*arbiter* et de *judex* : or le mot « *judex* » ne pourrait être employé s'il s'agissait d'un simple arbitrage volontaire ; d'autre part Cicéron indique que la mission de Caton était de dire « *quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona* ». Or ce sont là les termes mêmes de la formule des actions de bonne foi.

Le juge prononça la sentence suivante « *cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere* ». Donc, remarque Cicéron, la bonne foi exigeait que le vendeur fasse connaître à l'acheteur le vice qu'il connaissait (5).

Comment dans ces conditions, Labéon aurait-il pu hésiter à accorder l'action *empti* contre le vendeur qui avait empoisonné l'esclave vendu ?

C'est également, croyons-nous, par le caractère de bonne foi du contrat de vente qu'il faut expliquer l'obligation de manciper la chose vendue qui pèse parfois à la charge du vendeur (6).

---

(1) Cf. Girard, *Manuel*, 6e éd., p. 548, n. 4 ; 7e éd., p. 566, n. 1.

(2) Cf. Ed. Cuq, *Manuel*, 1917, p. 454, n. 4.

(3) Cicéron nous dit expressément qu'au temps de Q. Mucius Scaevola, consul en l'an 659 de Rome, la vente était sanctionnée par des actions de bonne foi (Cic. *de off.* 3, 17, 70).

(4) Cf. en ce sens, Girard, *Manuel*, 6e éd., p. 548 et n. 4 ; 7e éd., p. 566 et n. 1.

(5) Cicéron, *de officiis*, 3, 16, 67 : Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium quod nosset venditor.

(6) L'obligation de manciper est admise par la plupart des auteurs moder-

Cette affirmation qui pourrait soulever certaines objections, si l'on admettait (1) que les Romains n'avaient sanctionné que tardivement l'obligation du vendeur d'être exempt de dol, nous paraît facile à justifier du moment où l'on reconnaît que dès la fin de la république, les Romains avaient déjà tiré les conséquences essentielles qui dérivent de l'idée que la vente est un contrat de bonne foi.

N'est-ce pas, en effet, de la part du vendeur, un acte contraire à la bonne foi, de vouloir conserver la propriété quiritaire de la chose vendue, le *nudum jus quiritium*? (2)

M. Girard a soutenu, à plusieurs reprises (3), que cette obligation de manciper « a pu exister indépendamment de toute idée de bonne foi » et il considère « l'obligation de manciper comme comprise dans l'obligation de délivrance » (4).

M. Girard s'appuie (5), pour justifier son opinion, sur un texte d'Ulpien qui définit l'obligation de délivrance :« .... *Et*

---

nes. Cf. en ce sens : Ed. Cuq, *Manuel*, 1917, p. 459. ; Girard, *Manuel*, 7e éd., p. 579-580, et *Mélanges*, t. II, 1923, p. 107 ; Bechmann, *der Kauf*, I, p. 548 ; Bonnet, *L'obligation de donner*, *Mélanges Gérardin*, 1907, pp. 42 et suiv. ; Gaius, *Inst.* IV, § 131*a*, nous donne comme exemple de *praescriptio pro actore*, l'hypothèse du demandeur qui fait insérer dans la formule une *praescriptio* en vue d'intenter successivement l'action *empti* pour obtenir la mancipation, puis la livraison de la chose vendue.

Cf. également Paul, *Sent.* I, 13 *a*, § 4 : la rédaction ambigüe de ce dernier texte pourrait faire croire que le vendeur a le choix entre la mancipation et la tradition de la chose vendue.

(1) Cf. Girard, *Mélanges de droit romain*, II, 1923, p. 111.

(2) Sic., Accarias, *Précis de droit romain*, 4e éd., n. 610.

(3) Girard, *Mélanges*, II, p. 111 ; *Manuel*, 6e éd., p. 563 ; 7e éd., 1924, p. 581. Cf. également en ce sens : Bechmann, *der Kauf*, I, pp. 546 et 680.

(4) L'opinion de M. Girard est combattue par M. Bonnet, dans les *Mélanges Gerardin*, 1907, p. 49.

(5) Girard, *Mélanges* II (1923), p. 111 : « ... le texte d'Ulpien dans lequel nous avons trouvé la preuve de l'obligation le manciper, la loi 11, § 2. D. 19, 1, qui, avec la correction dont nous avons établi la nécessité, oblige le vendeur à manciper, ne rattache pas cette obligation spéciale à l'obligation générale de s'abstenir de dol ; elle la rattache à l'obligation générale de délivrance... ».

in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere : quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum... »

M. Girard, partant de l'idée préconçue que le vendeur est obligé de manciper, en vertu de son obligation de livrer, tient ce texte pour interpolé et admet qu'il ne disait pas : *id est tradere*, mais soit en s'occupant seulement des choses les plus importantes, *id est mancipare*, soit d'une façon plus complète, comme les Sentences de Paul, *id est tradere aut mancipare.*

On peut même, dit-il, aller plus loin : le texte porte en lui la preuve de l'interpolation et par conséquent prouve l'obligation de manciper.

En effet, il déclare que l'acte dont il traite rendra l'acheteur propriétaire si le vendeur l'était et sinon rendra le vendeur responsable de l'éviction. Or, dit M. Girard, il n'est pas très exact de dire que la tradition rende responsable de l'éviction, car c'est seulement vrai de la mancipation, à cause de l'action *auctoritatis ;* d'autre part, il serait contraire au droit en vigueur à l'époque d'Ulpien de proclamer sans distinction et d'une manière générale, que la tradition transfère la propriété, rend l'acheteur propriétaire. Elle rend propriétaire des choses *nec mancipi.* Elle ne rend pas propriétaire des choses *mancipi*.... Ou bien Ulpien disait en s'occupant exclusivement des choses *mancipi* que l'obligation de livrer s'accomplit par une mancipation qui transfère la propriété si l'aliénateur est propriétaire et qui, s'il ne l'est pas, fait naître une action en garantie, l'action *auctoritatis.* Ou bien, il visait les deux catégories de choses et disait que le vendeur doit, selon les circonstances, faire mancipation ou tradition, ce qui, si la propriété appartient à l'aliénateur, la transfère et, si elle ne lui appartient pas, assure un recours en garantie, soit en vertu

de la mancipation par l'action *auctoritatis*, soit en vertu de la vente, par l'action *empti*.... (1)

Reprenant la question dans un article récent (2), M. GIRARD a abandonné lui-même cette dernière conjecture, car il a reconnu qu'ULPIEN ne pouvait, pour les *res nec mancipi*, faire dériver de la tradition l'obligation de garantie contre l'éviction qui résultait en réalité du contrat de vente (3). Il estime préférable de supposer qu'ULPIEN ne s'occupant dans cette phrase que des *res mancipi*, avait écrit *id est tradere et mancipare* ou tout simplement *id est mancipare* : employant l'expression normale en matière de mancipation, il aurait dit ensuite que la mancipation obligeait le vendeur *auctoritatis nomine* et non pas [*evictionis nomine*] (4).

M. GIRARD ne s'est pas aperçu que, si le texte primitif d'ULPIEN avait renfermé à la place de [*id est tradere*] les mots « *id est mancipare* » ou « *id est mancipare et tradere* », les romanistes modernes pourraient également reprocher au jurisconsulte de s'être exprimé d'une façon inexacte.

ULPIEN ne limite en aucune façon sa décision aux *res mancipi*, puisqu'il recherche d'une manière générale les obligations qui sont sanctionnées par l'action *ex empto* : or il serait absolument faux de dire que le vendeur est toujours obligé de manciper la chose et de déclarer que la mancipation a nécessairement pour effet d'assurer le transfert de la propriété ou la garantie contre l'éviction : il y avait, en effet, des cas où

---

(1) M. CUQ (*Manuel*, 1917, p. 459, n. 5), admet également que le texte original d'ULPIEN devait viser la mancipation aussi bien que la tradition. LENEL (*Palingenesia*, II, col. 630, n. 1) suppose que le texte primitif d'ULPIEN renfermait la phrase suivante: id est tradere « et si mancipi est, mancipare ».

(2) GIRARD, *L'auctoritas et l'action auctoritatis* ; *Mélanges* II, 1923, p. 170, n. 1. — Cf. également pp. 177-178

(3) Nous ne discuterons pas la légitimité de cette affirmation, car l'examen des textes que l'on peut invoquer à ce sujet, nous entraînerait trop loin de la question que nous étudions.

(4) Cf. GIRARD, *Mélanges*, II, 1923, p. 170, n. 1 ; p. 177, n. 1 ; p. 198, n. 1, p. 216, n. 1.

l'acquéreur ne pouvait, même en se faisant faire mancipation de la chose vendue, obtenir l'action *auctoritatis*, p. ex. le cas où la vente n'avait pas lieu entre citoyens romains, ceux où elle portait sur des choses non romaines.

Ulpien lui-même, quelques lignes plus loin, nous rapporte une hypothèse où, bien que la chose vendue soit une *res mancipi*, Neratius estimait que le vendeur n'était obligé que de « *tradere possessionem* » (1) : il s'agit du cas où l'acheteur a acheté sciemment l'esclave d'autrui. Si l'on continue la lecture du texte d'Ulpien (2), on constate qu'il n'y est fait aucune allusion à l'obligation de manciper et qu'Ulpien dans son étude de l'obligation de livrer se place toujours sur le terrain possessoire.

C'est pourquoi, du moment où il est admis que la phrase : [*quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum*] ne concorde pas, pour l'époque d'Ulpien, avec la simple obligation de *tradere*, il nous semble plus logique d'admettre que c'est cette dernière phrase qui a été interpolée par les compilateurs du *Digeste*. Sans doute, Ulpien disait simplement : « *et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere* » (3).

L'interpolation de la dernière proposition de notre phrase

---

(1) Ulpien D. 19, 1 fr. 11, § 8... Idem Neratius, etiamsi alienum servum vendideris, furtis noxisque solutum praestare te debere ab omnibus receptum ait et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessionem...

(2) Ulpien, D. 19, 1 fr. 11 § 13... Idem Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emptori ut in lite de possessione potior sit : sed Julianus libro quinto decimo digestorum probat nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit...

(3) Ulpien s'exprime d'une manière presque identique dans un autre texte que M. Girard n'a pas suspecté d'interpolation : D., 12, 2 fr. 13, § 3 : ...ex empto agere poterit, ut ei cetera praestentur, id est res tradatur et de evictione caveatur.

[*si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum*] a déjà été soutenue par M. PRINGSHEIM (1) qui est d'avis que jusqu'au Bas-Empire, le droit romain n'a attribué au paiement du prix aucun effet sur le transfert de la propriété de la chose vendue, ni sur l'obligation de garantie.

Sans adopter d'une manière générale, les conclusions de M. PRINGSHEIM, nous ferons remarquer que l'on peut admettre une innovation des compilateurs sur un point particulier : notre texte déclare que, pour faire naître l'obligation de garantie, le paiement du prix pouvait être remplacé par certains équivalents (2).

Or un texte de PAUL (3) paraît bien attribuer cet effet uniquement au paiement du prix.

Cette contradiction apparente s'explique aisément, si l'on reconnaît l'interpolation du texte d'ULPIEN (4) : à l'époque classique, seul l'acheteur qui avait payé le prix pouvait agir, en cas d'éviction de la chose vendue ; les compilateurs ont assimilé au paiement du prix certains équivalents.

Ayant écarté de la discussion le texte d'ULPIEN, il nous reste

---

(1) *Der Kauf mit fremden Geld*, Leipzig, 1916, p. 62 et 72. Cf. également BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, thèse Toulouse, 1924, p. 80.

(2) D. 19, 1 fr. 11, § 2 (ULPIEN, l. 32 *ad ed.*) : ...tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum... ».

(3) PAUL, *Sent.*, II, 17, 1. « Venditor si ejus rei quam vendiderit dominus non sit *pretio accepto* auctoritatis manebit obnoxius ; *aliter* enim non potest obligari. »

(4) M. LENEL a déjà invoqué le texte de PAUL (*Sent.*, II, 17, 1) pour soutenir qu'en ce qui concerne l'obligation de garantie, le paiement du prix ne pouvait pas être remplacé par certains équivalents, comme en matière de transfert de propriété. M. GIRARD, au contraire (*Mélanges*, II, 1923, p. 216 et n. 1 et 2) s'appuie sur notre texte d'ULPIEN pour affirmer que sans aucun doute le paiement du prix pouvait être remplacé en matière d'obligation de garantie, par des satisfactions équivalentes. Si l'on admet, comme nous, l'interpolation du texte d'ULPIEN, on doit se ranger, pour l'époque classique, à l'opinion de M. LENEL.

à examiner le passage fondamental de GAIUS (1) qui nous paraît montrer d'une manière évidente qu'il est impossible de considérer l'obligation de manciper comme une conséquence de l'obligation de livrer. Ce texte de GAIUS nous met en présence des *praescriptiones pro actore* qui sont introduites dans la formule pour limiter le droit déduit en justice et par suite pour réduire à une question déterminée l'effet extinctif de la *litis contestatio*, en ménageant au demandeur la faculté d'agir ultérieurement pour le surplus.

GAIUS étudie justement, à titre d'exemple, l'hypothèse où un contrat de vente a été conclu et où l'acheteur veut se réserver la faculté d'intenter plusieurs fois l'action *ex empto*, afin de pouvoir contraindre le vendeur à exécuter ses diverses obligations.

Comme l'action *empti* est une action incertaine, dans la formule de laquelle le préteur prescrit au juge d'examiner tout ce que le défendeur doit au demandeur, la totalité des droits nés de la vente est déduite en justice, si le demandeur ne prend aucune précaution et par suite le vendeur ne pourrait renouveler ultérieurement l'action *empti*, car on lui opposerait l'effet extinctif de la *litis contestatio*. Aussi le demandeur devra préciser par une *praescriptio* celui des droits issus du contrat de vente qu'il entend seulement déduire en justice.

Or dans l'exemple choisi par lui, GAIUS prévoit l'hypothèse où le demandeur agit *ex empto* pour contraindre le vendeur à lui mancipe*r* la chose vendue et il suppose précisément que le vendeur insère dans la formule de l'action *empti* une *praes-*

---

(1) GAIUS, IV, 131*a*. — Item si verbi gratia ex empto agamus ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere : ea res agatur de fundo mancipando, ut postea, si velimus vacuam possessionem nobis tradi... [iterum ex empto agere possimus. Alioquin si praescribere obliti] sumus, totius illius juris obligatio illa incerta actione : quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet, per intentionem consumitur, ut postea nobis agere volentibus de vacua possessione tradenda nulla supersit actio.

criptio indiquant qu'il n'agit qu'en vue d'obtenir la mancipation du fonds « *de fundo mancipando* », afin de pouvoir ultérieurement agir *ex empto*, en vue de se faire « *tradere vacuam possessionem* » : n'est-ce pas la preuve évidente que l'obligation de livrer et l'obligation de manciper sont deux obligations entièrement distinctes? (1)

L'acheteur à qui on a mancipé la chose vendue peut ensuite demander au vendeur l'exécution de son obligation de livrer la pleine possession de la chose vendue : il est donc impossible de dire qu'en faisant la mancipation, le vendeur ne fait qu'exécuter l'obligation de livrer (2) et que « l'obligation de délivrance comprend l'obligation de manciper ».

La question du fondement de l'obligation de manciper n'a pas seulement un intérêt théorique : c'est de sa solution que dépend l'étendue qu'il faut attribuer à cette obligation.

Les auteurs qui rattachent l'obligation de manciper à l'obligation de livrer lui donnent une portée générale et semblent admettre que le vendeur d'une *res mancipi* était toujours obligé de la manciper (3).

Au contraire si l'on admet que l'obligation de manciper est une conséquence du caractère de bonne foi du contrat de vente, on est tout naturellement porté à croire que le vendeur n'était contraint de manciper la chose vendue que dans les hypothèses où il eût manqué à la bonne foi en ne le faisant pas (4) : ceci restreint singulièrement le champ d'application de la mancipation, en matière de vente de *res mancipi*.

---

(1) Cf. en ce sens, Ed. Cuq, *Manuel*, 1917, p. 459, n. 4. « Certains auteurs considèrent l'obligation de manciper comme comprise dans l'obligation de livrer, mais Gaius, IV, 131*a*, les oppose l'une à l'autre. »

(2) Contra : Girard, *Mélanges*, II, 1923, p. 111.

(3) Cf. M. Girard, *Mélanges*, II, 1923, pp. 107 et suiv. L'auteur ne semble pas s'être posé la question de savoir si dans certains cas, le vendeur était en droit de refuser de faire la mancipation de la res mancipi vendue.

(4) Nous n'avons cependant pas rencontré cette idée chez les auteurs qui, comme M. Cuq (*Manuel*, 1917, p. 458) rattachent l'obligation de manciper à l'idée que la vente est un contrat de bonne foi.

Si l'acheteur savait dès la conclusion de la vente que le vendeur n'était pas propriétaire quiritaire de la *res mancipi* vendue et que, par conséquent, il achetait la chose d'autrui, il ne pouvait, à peine de commettre lui-même un dol, exiger une telle mancipation (1).

L'acheteur ne peut donc exiger du vendeur la mancipation que s'il le croit propriétaire quiritaire de la *res mancipi* vendue : l'obligation de manciper ne pèse qu'à la charge du vendeur qui est propriétaire quiritaire de la chose vendue ou qui a vendu la chose d'autrui à un acheteur de bonne foi ; dans cette dernière hypothèse, le vendeur sera lui-même, suivant les cas, de bonne ou de mauvaise foi. S'il est de bonne foi, s'il se croit propriétaire quiritaire de la chose vendue, il commettrait un dol en refusant de la manciper ; s'il était de mauvaise foi, il ne pourrait échapper à son obligation de manciper qu'en invoquant son propre dol et un tel aveu ne présenterait guère d'avantage, car l'acheteur pourrait alors le poursuivre immédiatement en Dommages et Intérêts, par l'action *ex empto* (2).

R. Monier.

---

(1) Si l'acheteur avait toujours pu exiger du vendeur d'une *res mancipi*, l'emploi d'un mode de transfert de propriété tel que la mancipation, on ne s'expliquerait pas pourquoi les jurisconsultes romains insistent sur le fait que le vendeur n'est pas tenu de rendre l'acheteur propriétaire, même dans des hypothèses où il est question de res mancipi, d'un esclave p. ex.

Cf. D. 19, 1 fr. 30 § 1 (Africain, l. 1 quaestionum) ...quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, *non etiam ut ejus faciat*, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit : id est maxime, si *manumissuro* vel pignori daturo vendiderit.

(2) D., 19, 1 fr., 30, § 1 (Africanus, l. 1 quaestionum). — Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea interest meam esse factam...

DE BRACHYLOGI AUCTORE CONIECTURA

PAR

J.-C. NABER

IURIS ROMANI PROFESSOR IN UNIVERSITATE TRAIECTINA

DE BRACHYLOGI AUCTORE CONIECTURA

A principio beata nobilibus Bruxella viris hodie etiam, perinde ut Lovanium, doctis excellit, quorum totum fama compleat orbem. Inter quos quia tu, clarissime Cornil, insignem locum iam XXX annos tenuisti, maiorem in modum gaudeo, quod oblata mihi tandem est occasio animi mei erga te significandi, cuius opera diligenter excutere soleamus quum nosmet aequales tui, tum excutient sedulo posteri, quia multo plura excogitasti, invenisti, quin, si vera licet mihi dicere, quodammodo creasti, quam potest una aetas hominum in succum et sanguinem vertere. Ergo lectitabunt te ventura saecula nec, quum legent, interrogabunt umbram tuam, ut Manes eorum solemus, qui post Justinianum ante Glossatores iuri Romano operam dederunt vel dedisse putantur, velut auctor Quaestionum de iuris subtilitatibus vel Brachylogi vel Exceptionum, quae dicuntur Petri :

> τίς πόθεν ἦσθ' ἀνδρῶν, πόθι τοι πόλις ἠδὲ τοκῆες,
> καὶ πότ' ἐποίεις ταῦτα ἰδυίῃσι πραπίδεσσι ;

quia per singula volumina prima cera ad haec omnia respondebit.

Expectare te arbitror, haec tam longe repetita primordia quo spectent : id primum ergo habeto, non sine magna iustaque causa hanc a me commemorationem esse factam. Constitui enim in hoc volumine, quod tu primus leges, novam et meam sententiam de auctore Brachylogi aperire, quam si tibi, ut spero, probavero, ceterorum supercilia mediocriter curabo. Sed, ne in una brevissimaque coniecturula omnis res existimatioque mea periclitetur, neve putasse tibi videar posse quemvis quantilla opera te demereri neve tu, talis vir

tantusque, macro rubeas donatus munere, ideo quaedam praemittam quum, ut mihi videtur, nova tum certa tum, quae notitiam studii iuris Romani, quod fuit ante Bononienses illos, aliquatenus proferant. Quorum primum erit de magno Pontifice Maximo et de Summa Perusina.

I.

Summae Perusinae doctissimus et clarissimus editor Patetta (Romae 1900) in praefatione (p. XLII) adnotat, se Summae eius usum nusquam deprehendisse praeterquam in iudiciis Romae habitis tribus, annorum 996, 999, 1014, quorum servaverunt memoriam primi quidem S. Mariae in via Lata tabularium, secundi et tertii fecundum illud praeclaris antiquitatis monumentis Registrum Farfense, quod e suo genere omnia vincit, ut iure statuit iampridem Le Blanc (1). Quartum testimonium ego addidi in actis academiae Amstelaedamensis (2), quod inveni in Ughelliana *Italia Sacra* (3); est autem bulla papae Sergii IV anno data 1010, ubi adhibetur Perus. c. 7 C. 8. 4. Hic tamen papa, sui et alieni religiosus observator, ne quis se putet invenisse, inventorem nominatim laudat decessorem suum Sylvestrem II sive Gerbertum, quem omnes novimus in disciplinis mathematicis et physicis ingentem gloriam merito adeptum esse. nunc vero apparet etiam iuri Romano operam dedisse et hausisse ex fonte, vitiato quidem, attamen fonte, lucernam denique in hoc quoque campo aequalibus praetulisse. Quam si Gallus vel Teuto invenissem, honori et praemio mihi res cessisset;

(1) *Dissertation historique sur quelques monnaies* (1689), *avertissement* (1. f.): « *je ne crois pas que la moyenne antiquité nous ait rien conservé de plus beau en ce genre-là* ». Nempe sine hoc monumento et minus ubere Sublacense omnino nihil sciremus de rebus in Urbe gestis per tria saecula (800-1100).

(2) *Verslagen en meded.* 5, I (1915), p. 147, not. 58.

(3) (Ed. 2), V, 403 A.

nunc friget frigebitque ut non ante auditus fons Codicis Napoleonici, quem indagavi demonstravique (1) nullum in usum.

II.

Papam illustrem excipiat imperator minime contemnendus. Nam docet praeceptor meus et mundi CONRAT (2) : Justiniani institutionum in Italia ante Glossatores rara esse vestigia (3), in gestis ante saeculum undecimum hactenus nulla (4). Ergo legat mihi quis multis agitati iudiciis et actionum varietate et cognoscentium motu et personarum mutationibus implicati ecclesiarum Aretinae et Senensis de quibusdam parochiis iurgii saecularis eam actorum partem, quae Ludovicum II Caroli Magni pronepotem disceptatorem neque primum neque ultimum habuit (5). Res gesta Romae anno 850, sedit cum Caesare papa. Quum in causa verteretur praescriptio, interlocutus est doctus imperator : *quoniam uniuscuiusque rei possessio talis debet esse, ut principium possessionis in se nullum habeat vitium* (6) (= § 10 Inst. II 6), *liquido colligere possumus, dum constat has parochias ecclesiam Aretinam ex tempore Langobardorum tenuisse tantummodo, non sibi* (= ei) *sufficere possessionis oppositionem, dum, antequam Langobardorum gladius Italiam populando devastaret, Senensis ecclesia easdem parochias rexit et tenuit.* Quod ne JUSTINIANUS quidem melius definire potuit. Ergo ceteris viri virtutibus (7) hoc addi, saeculo praeterea doctrinae specimen proficere debet.

---

(1) MNEMOS. 1922, p. 14[6].

(2) *Geschichte* etc. (1891), p. 57.

(3) « *spärlich genug zu finden* ».

(4) « *in Urkunden sind sie bisher vor dem elften Jahrhundert nicht nachgewiesen* ».

(5) *G. U.*, 744. Hoc siglo demonstrare soleo τὰ πρωτότυπα, quorum indices edidit HÜBNER, *Gerichtsurkunden* (1891/3).

(6) Verba excripsit PATETTA, *Bull. dell' ist di dir. rom.*, VIII (1895), p. 74[1], inter non habentia pondus.

(7) Cf. GREGOROVIUS, *Geschichte der Stadt* III (1876), p. 171/2.

III.

Collectio Ravellana, quam e codice Holkhamensi edidit GAUDENZI (1), compilata est e fontibus partim Romanis partim Visigothicis (2) ante annum utique 1000. Ea ubi nata sit, quaeritur. Ibi natam, ubi inventa sit, id est, in ora maritima Campaniae, quae pars eius parebat Langobardis (3), olim docebat editor (4) postea (5) Ravennatem originem ei adsignaturus. Huic tamen opinioni adversari videtur, quod tunc (6) argumentum ipse dederat, cur nasci non potuerit in Graecorum partibus : quod in subscriptione Institutionum qualem eam servavit collectio Ravellana, Theophilus *antecesso(r) huius almae urbis* evasit *antecessor urbis Romae*, in quem errorem ne Semigraecum quidem delapsurum fuisse credibile sit. Quod vere et recte observatum puto, sed observationem pervenire etiam Ravennam, quae ducentos annos exarchorum sedes modo fuerat, eoque vitio praeterea non tantum ostendi, ubi non sit, sed etiam, ubi sit scripta Ravellana collectio : in ipsa urbe Roma. Sic Summae Perusinae, cuius de penatibus non dubitatur, eo quoque origo demonstratur, quod c. 18 C. 6. 23 fons habet *in hac urbe* (et in subscriptione *Constantinopoli*), Summa : *in urbe Roma*. Etsi talibus non multum tribuendum existimat CONRAT (7) et potius quaerendam esse terram, ubi quum ius Visigothicum tum ius Romanum in usu fuerit (8). Quasi vero huiusmodi descrip-

(1) *Un' antica compilazione* (1886).

(2) Enumerantur : *Memorie (Bologna)*, I (1908), p. 51/2.

(3) Horum tamen portioni non recte adscribit civitatem Amalphitanam. Cf. modo Sichardi pactionis anni 836 prol. (BLUHME, *Edictus* (1870), p. 187/8). Petita est civitas, sed non capta anno 786 (CAMERA, *Memorie di Amalfi* I (1876), p. 70/1), capta sed non retenta anno 838 (ibid. p. 82/3).

(4) *Comp.*, p. 67/8.

(5) *Memorie* cit., p. 51/3.

(6) *Comp.*, p. 44.

(7) *Gesch.* I, p. 186^5.

(8) Ibid., p. 284.

tioni Roma non conveniat, ubi aliquando *totidem fere leges habe(b)antur quot domus* (1). Mirum denique leges Visigothicas Romae fuisse cognitas, quae vel maria et montes transmigraverint et in Bajuvariorum legem inrepserint (2). Famae quidem urbis Romanae melius consuleretur, si fraudis documentum, quo scilicet pro legibus Justiniani satura quaedam venit non, ut videtur, ab ignorante, sed ab eo, qui, quum non habeat mercem genuinam, turpis lucri causa (3), incautum circumveniat emptorem, alibi natum demonstrari posset.

IV.

Iuris Romani et Langobardici sub exarchis et regibus, deinde sub imperatoribus novis, mutuae vicissitudines quae fuerint, ex negotiorum monumentis, praecipue vero ex litibus sive placitis eruendum est, quorum indices ante magnum tricennium confecit Hübner (*GU*), cuius ego numeris uti soleo compendii causa ad demonstranda τὰ πρωτότυπα. Ergo de Italia, de qua meliora sperare licebat (4), quia non totam, ut Galliam, ut Hispaniam, fluctus barbaricus submerserat, quum verum est, quod docuit Conrat (5) : in negotiorum monumentis, quae illa tempora post se reliquerunt, rarissima esse iuris Romani vestigia (6), tum ipsa placita demonstrant iuris Romani in iudicando exiguam et paene

(1) Quaest. de iuris subtil., I, 16 (Schupfer, *Manuale* (1895), p. 172 : « *asserzione forse esagerata* »). Supersunt Romae habitantium professiones legis Romanae anni 868 (Muratori, Scriptor. II, 2 p. 932) ; superest praeterea Salico nuptae *filiae Gratiani de urbe Roma* legis professio Salicae (Reg. Farf. 372 = CCCC) anni 939 (non 920).

(2) Res notissima.

(3) Gaudenzi, *Comp.*, p. 8 : « *forse a fine di lucro* ».

(4) Halban, II, p. 89 : « *gerade in diesem Lande, wo man die Erhaltung römischer Einrichtungen in höchstem Maasse hätte erwarten dürfen* ».

(5) *Geschichte*, I, p. 51.

(6) « *spärlich sind die Urkunden, welche auf die römischen Gesetze reflektieren* ».

nullam vim ac potestatem tunc fuisse. Non potuit SAVIGNY, quum omnia scrutaretur, ullum placitum Italicum indicare, ubi post Justinianum adhibitum esset ius Romanum ante annum 999 (*GU* 1139), etsi, qui bene quaesiverit, inveniet anteriora placita anni 994 (*GU* 1090) et anni 850 (*GU* 744), de quo retuli supra (§ II), quod finivit scite et sollerter Lotharii filius (1). Praevalent ergo in placitis longe lateque Langobardica, et praevalent non tantum in Langobardorum Italiae partibus, sed in iis quoque, quae aut numquam Regni eorum fuerunt, veluti Roma cum ducatu, Neapolis (2), Caieta (3), aut breviter tantum et in transcursu, velut Ravenna. Legat mihi quis quodlibet placitum Italicum noni vel decimi saeculi sive in Longobardia habitum sive in Romania (4) et concedat necesse est omnia penitus imbuta esse Teutonico veneno (5) : ad unguem convenire Teutonicis in disceptando rationibus institutisque. Quamquam scribit BETHMANN-HOLLWEG (6) : in partibus Romanorum illis saeculis disceptandi formam obtinuisse Romanam, sed, quae de iure Longobardico haud pauca mutuata esset ; similiter in partibus Longobardorum Longobardicam, parcius quidem, verum non obiter mutuis haustibus tinctam. Cui erroris causa fuit, quod non sola monu-

(1) Ea non computo, ubi ita laudatur ius Romanum, ut eius nec caput nec pes appareat (*G. U.* 726) vel ubi laudatur quidem recte, sed ἐκτὸς τοῦ πράγματος, quemadmodum laudantur *G. U.* 1002 ostentationis gratia c. 16 C. 2, 4 et JUL., 370.

(2) De Langobardico tenore et habitu instrumentorum Neapolitanorum conferendus est NEUMEYER, *Gemeinr. Entwickl.*, I (1901) p. 182/4, 190.

(3) De Caieta copiose exposuit SCHUPFER, *Memorie (dei Lincei)*, 5 XV (1915), p. 3-177. Exemplum dabo unum. Cod. diplom. Caiet. 42 (I, p. 70 ; SCHUPFER, p. 109) anno 939 comparatur praedium, quod olim liberi Constantini alicuius *pro falcidium vestrae* (= suae) *matris* (= matri) *dederunt* (= dederant). Quod Falcidium? Illud, quod *omnes de suis retinent viris* (Edict. Langob, Ad. 3).

(4) Utriusque generis quae recensuit HÜBNER, pauca non legi, et, quae non recensuit, quaedam legi.

(5) L. 236, D., 50, 16 : *eo nomine omne continetur, quod adhibitum naturam eius, cui adhibitum (sit), mutat.*

(6) *Civilprozess* V (1871), p. 393-432 (« *Romanischer Prozess* »).

menta, unicam fidelem custodiam rerum gestarum, sed etiam scholastica quaedam commenta sequebatur, quorum auctores non ea, quae in usu erant, expesuerunt sed, quae domi inter veteres libros vel etiam sine libris elucubrabant. Ergo multo rectius FICKER, qui hoc vitium vitavit, quum in Longobardia et ipso undecimo saeculo formam disceptandi docet prorsus intactam fuisse Romano quolibet instinctu (1), tum in Romania tantum non omnia Langobardicis fuisse simillima (2). Nam aliquid interfuisse apparet, veluti, quum in placito Romae habito anno 829 (*GU* 711) inter litigatores vario iure utentes satisdat *uterque secundum suam legem*. Fit similiter in placito Ravennate anni 838 (*GU* 724), ergo dat ibi Longobardus reus *wadia* de charta praesentanda et de auctore adducendo, deinde eius pignoris luendi (3) causa fideiussorem ; post haec Romanus actor non *wadia* atque deinde fideiussorem, sed statim fideiussorem, non de uno aliquo actu, ut mos Longobardis, sed pro tota lite, ut solent Romani litigatores (4). Quod genus satisdationis etiam intervenit in duobus placitis (5) saeculo post et supra Romae habitis sub principe ALBERICO (*GU* 883) et sub OTHONE I (*GU* 953), quorum illud praecipue pondus habet, quum propter materiem litis — agitur ibi non (ut *GU* 953) de terminis sed de tota possessione — tum, quia

---

(1) *Forschungen* III, p. 459 : « *auf dem Gebiete des Prozesses (zeigt) sich in der Lombardei noch im XI. Jahrh. nicht die geringste Beachtung des römischen Rechts* ».

(2) *Sitzungsber.* (*Wien*), 67 (1871), p. 613 : « *nur so viel wird man zugeben können, dass das Verfahren im römischen, ebenso wie in der Romagna* NICHT GANZ *dasselbe war, wie in den longobardischen Gerichten* ».

(3) A creditore ; nam transit possessio, ut abunde notum est, ad fideiussorem. Cf. SIEGEL, *Gerichtsverf.* (1857), p. 37[8] ; SOHM, *Eheschl.* (1875), p. 38 ; STOBBE, *Handb.* III (1878), p. 306 ima ; SCHROEDER, *Rechtsgesch.* (1907), p. 303/4.

(4) Cf. Ravennatia placita *G. U.*, 804 ; 897 ; 1002 ; 1162 ; 1260, atque BETHMANN-HOLLWEG, *Civilprozess* V, p. 406/7. De more Caietano dixit SCHUPFER, *Memorie* (*dei Lincei*), 5 XV, p. 161/3.

(5) Edidit etiam GIESEBRECHT, *Kaiserzeit* I (1863), p. 871, p. 875.

èt agitur Romae èt inter omnes cives Romanos (1) èt eo tempore, quo Roma tam libera fuit a dominatione peregrina, quam quo maxime. Ergo nemo in illo placito potest voluisse iure Longobardico rem transigere ; quod si nihilominus tantum non omnia ad formam peregrinam processerunt, quum id nemo fieri vellet, causa fuerit oportet iuris Longobardici in Urbem penetratio latens. Erat contentio de praedio quodam, quod possidebant monachi Sublacenses, suum esse petebant incolae quidam Tiburtini. Prior dixit, unde petebatur, abbas Sublacensis : *Domini, fiat vestra misericordia, quia hunc Demetrius et Petrus et Leone itemque Petrus, qui hic praesens sunt, inquietant nos et contendunt, ut habeamus nos illorum proprietatem.* Responsum est : *Certe contendimus, quia de illo fundo fecerunt nobis isti monachi virtutem*, id est, vi deiecerunt nos. Quo negato Romana illa ultro citroque satisdatio est interposita (2), res dilata. Denuo sedentibus iudicibus altera pars prior dixit : *Fiat vestra misericordia, quia iste abbas cum suis monachis fecit nobis virtutem.* Responsum : *Non est verum*, et iudicatum : *Dic tu, Demetrius, de asto ad advocatum monasterii per suum sacramentum, quia nulla(m) virtute(m) de eodem fundo fecimus*, id est, iurabis tu de calumnia, deinde intentionem tuam abiurabit advocatus, quo quid magis Teutonicum dici aut fingi potest? Neque enim de Romano calumniae iureiurando hic praecipitur, quod utrique litigatori praescribit Justinianus (3), sed de Teutonico *widrido*, quod soli actori praescribitur, cuius effectus est, ut adversarius ad iurandum, id est, ad abiurandam intentionem teneatur (4).

---

(1) In registro scilicet Sublacensi, unde haec sumpta sunt, nulla umquam peregrinae legis vel personae mentio intervenit.

(2) *Missi sumus ex utraque parte sub district(u) fideiussor(is).* Alterum placitum (*G. U.*, 953) ita habet : *ambas partes missas (o)blegatione in argento libre duabus et fideiussor extitit G. filius M. pro ex utraque parte.*

(3) C. 2 pr. Cod. 2, 58 (59).

(4) Cf. *G. U.*, 1119 (*Regesto*, p. 140) : *non debere Longobardum iurare sine astu* (id est, sine *wideredo*) ; Ficker, *Sitzungsber.* (*Wien*), 67 p. 615/6. Exemplum Transalpinum : *G. U.* 370 (ia. 379) ; Loening, *Reinigungseid* (1880), p. 105[16].

Post ita de invasione iudicatum (1) agi coepta est causa proprietatis (2) : *Iterum si habes aliquid ad contendendum, dic ante nos. Et dixerunt* Tiburtini : *Contendimus, quia fundum ipsum nostra est proprietas,* deinde monachi : *Quid vobis pertinet?* Qua in re, fateor, erratum est : sic enim interrogari, non interrogare, possessorem, iuri Longobardico conveniens est (3). Reliqua tamen plane Longobardica vel etiam prisca Teutonica. Dicto enim a Tiburtinis : *Habemus charta(m), sed non est hic,* iudicatum est : *Date guadia utrosque, ut tertia die post S. Mariae, si adduxeritis charte cum vestris consortibus, tunc dic- de asto et advocatus monasterii iure per suum sacramentum : quia per tue charte vos neque detinuisti neque ipsum vocabulum est,* quae sic emendo (4) : *Date wadia utrique, ut tertia die post S. Mariae, si adduxeritis chartam cum vestris consortibus, tunc dicatis de astu, et advocatus monasterii iuret per suum sacramentum : quia per istam chartam vos neque detinuistis, neque ipsum vocabulum* (5) *vestrum est.* Quae ideo Longobardica appello, quia abiuratione tota res decernitur, ideo etiam prisca, quia charta iubetur quidem adduci, sed adducenti nihil profutura : abiurabitur enim vel

(1) Id est, de compositione, quae propterea debetur. Cf. BRUNNER, *Rechtsgesch.* II, p. 512/3 (cum not. 8) ; HUEBNER, *Immobiliarproz.*, p. 203 sqq. ; *Ssp.* III, 43, § 1.

(2) Contribuitur utraque causa form. Andec. 28, liquido discernitur quum hic tum *G. U.*, 831 ; 943 ; 999 ; 1038 ; 1039 ; 1040 ; 1046 ; 1166 ; 1249 ; 1303 ; 1446. Cf. *Richtsteig Landr.*, 26, § 2.

(3) Glossa Roth. 151 : *litigatorum alii ostendunt rem esse suam, unde appellantur, ut rei Longobardi, alii ostendunt rem, unde agunt, suam esse, ut (actores) Romani* ; BRUNNER, *Forschungen* (1894), p. 114 : « *in den Urkunden wird es geradezu als Sache des Beklagten bezeichnet,* ut rationem ponat, *d. h., dass er durch Angabe und Beweis der* causa possessionis *der Klage gegenüber Rechenschaft gebe* » ; HÜBNER, *Immobiliarprozess* (1893), p. 164/5. Recto fit more *G. U.* 1191 (interrogatur *quo ordine res tibi pertinet* possessor) et item *G. U.* 1174 (*volumus scire, quo ordine possidetis*).

(4) Ex parte praecivit FICKER, *Sitzungsberichte* (*Wien*), 67 (1871), p. 616.

(5) De *vocabulo* = praedio, adeatur DU CANGE.

sic intentio. Apparet igitur in urbe Romana iam circa medium decimum saeculum ius illud, quod pro Romano servabatur, a Longobardico nomine magis quam re diversum fuisse. Certe non contendimus umquam omnia Romae Longobardica esse facta. Quocirca Carolo Neumeyer, qui omnes negotiorum tabulas excussit, facile credimus docenti (1), donationes Romanas nullum habere *launegild*, de sponsis nullum ibi fieri *mundium*, alia id genus. Quin ipsi quoque, qui nihil nisi placita legimus, observare potuimus anno 1009 prope moenia urbis in regione Sabina in lite proprietatis (*GU* 1174), qui possidebant, *ipsi qui sunt Romani*, eos excipere de vicennali possessione, *sicut eorum lex est*, de tricennali. *ipsi qui sunt Longobardi* (2). Sed nihilominus tenendum est, numquam propius periculum ius Romanum et in ipsa Romuli sede fuisse, quam, quum non tantum civibus cives in suis iudiciis refutabant (3) *accepto fuste* (4), sed etiam ipsi, capita gentis, pontifices maximi *virga accepta* investire alios (5) vel obligare se (6) solebant, ut recte et sapienter Halban obstupuerit (7) iuris Longobardici in urbe progressibus.

---

(1) *Gemeinrechtl. Entwicklung*, I (1901), p. 49[2].

(2) Tempore praecedit eiusdem regionis placitum anni 994 (*G. U.* 1090), ubi, *quod lex Romana iubet*, adiudicatur a iudice Longobardo (cf. *G. U.* 1181 ; 1183 ; 1185, ubi intervenit idem), *quadruplum cum ipsis frugibus* propter invasionem fundi violentam. Intenditur similiter Romae anno 1013 (*G. U.* 1191), Ferrariae 1015 (*G. U.* 1209). Quod ius profecto non descendit ex Longobardorum legibus (cf. Hübner, *Immobiliarproz.* (1893), p. 204, atque Liutpr. Pap. 89), sed quaeritur, qui fons Romanus ei fuerit. Qua de re cf. in primis Patetta, *Bull. dell' istit. di dir. rom.*, VIII (1895), p. 74, not. 1.

(3) Id est, dominio quolibet cedebant.

(4) *G. U.* 953 ; 1047 ; 1085 (annorum 966 ; 983 ; 993).

(5) Marini, *Pap. diplom.* 45 (anno 1027) ; *G. U.* 1200 (anno 1014). Add. Mansi, Concil. XIX, 273 C/D (anno 1001 redintegrat *apostolica ferula* papa cuidam vestituram).

(6) *G U.* 1404 (anno 1060).

(7) *Das röm. Recht in den german. Volksstaaten* II (1901), p. 73 : « *das langobardische Recht (gelangt) in Rom selbst ... zu einer Stellung, ... die geradezu verblüffend ist* ». Et ne laudat quidem, quae nos laudavimus.

V.

Exstat in Registro Farfensi (1) placiti sive litis narratio, qua iurir Romani per Italiam iam paene extincti et e vestigio velut a germine revirescentis memoriae quasi nucleus quidam continetur. Eius placiti, etsi cognitum habuit eoque usus est (2) in iudicum generibus definiendis, gravi cum detrimento operis sui tunc rationem non habuit SAVIGNY, quum erat habenda : iuris renascentis principia illustraturo (3). Quod hic omisit, ex parte SCHUPFER (4), ego plenius supplevi in actis Academiae Amstelaedamensis (5) extra parietes eius non audiendus (6), quocirca spes est iteranti veniam te daturum. Gesta res est Romae anno 998 sub Ottone III, qui tunc in Urbe morabatur, et Gregorio V papa. Lis erat de duabus ecclesiis, quas petebant ab abbate Farfensi presbyteri Sancti Eustathii ecclesiae. Sed in ipso litis ingressu incidit quaestio, utrum iure Langobardico res disceptanda esset, quo iure Farfenses ex veteribus diplomatis et privilegiis regum et imperatorum semper usi essent, an iure loci, id est, Romano. Quod refert, ea res ingentibus animis acta est a parte utique Romanorum, submissius a Farfensibus. Sedebant in consilio septem, a papa sex : praefectus urbi Johannes, primus defensor Gregorius, arcarius

---

(1) No. 426 (CCCCLIX). Ediderant antea LE BLANC, *Dissertation historique sur quelques monnaies* (1689), p. 166 sqq. ; MURATORI, Scriptores II, 2 (1726), p. 505 /8 ; GALLETTI, *del Primicero* (1776), p. 219-226. Ultimo transiit in Mon. Germ. hist. (Dipl. Ott. III, 278). Indicem protulit HÜBNER, *G. I.* 1119, haudquaquam accuratum, protulerat MABILLON, *Annal.* IV (1739), p. 110, plane mancum.

(2) *Gesch.* I (1834), p. 382 /3.

(3) *Gesch.* III (1834), p. 83-102.

(4) *Manuale* (1895), p. 230 /1, ubi distincte quidem rem exposuit, sed quasi per se stantem nec ullo vinculo cum iuris renascentis historia coniunctam. Itaque inter hanc et illam interposuit magnam rubricam tamquam obicem.

(5) *Versl. en meded.* 5, I (1915), p. 139 sqq.

(6) Causam aperui in Mnemos., 1922, p. 36.

Leo, tres dativi Atrocius Petrus Paulus, ab imperatore unus sed toti iudicio praepositus : *archidiaconus* et iudex (1) *sacri palatii* Leo iuris Romani patronus acer et indomitus, ut mox re patuit. Nam, quum postularet abbas, ut sibi daretur advocatus (2) Langobardus, quum negavit se daturum nisi Romanum, tum vociferando obstrepere verbis vere historicis : *velis nolis legem Romanam habes facere.* Et perfecisset, nisi Imperator a Farfensibus aditus in quartum diem negotium distulisset. Sed quarto die nihil mutatus rursus summa acrimonia cum abbate agere coepit, ut legem Langobardorum omitteret, iure Romano se defenderet. Qui cum cessurum se negaret, nisi ipse imperator manus dare se iuberet, condicio aequa visa est ceteris iudicibus et ad imperatorem res delata (3). Qui re cognita ita interlocutus est : *ego nullatenus a sua lege eum subtraho.* Itaque vicit causa legis Langobardorum adiuvante imperatore et prodente causam iuris Romani. Quae victoria non diuturna fuit, mansit enim factionis studium nec cessavit, antequam ab imperatore Conrado anno vel 1027 vel 1038 impetratum est edictum (4), quo *audita controversia, quae hactenus inter vos et Longobardos iudices versabatur nulloque termino quiescebat*, statutum est, ut omnes lites tam intra Romanae urbis moenia quam etiam in Romanis pertinentiis Romanis dumtaxat legibus a iudicibus Romanis terminarentur.

(1) *Et iudex* additur in altero placito, quod inter Diplomata Ottonis III (MGH) frustra quaeres. Eius index exstat apud HÜBNERUM (*G. U.* 1115), sed ad annum 997 perperam relati, quia Romae habitum est coram imperatore, qui eo anno toto Roma afuit.

(2) Propterea quod iure Capitularium clericis non licebat sine advocato se defendere vel convenire alium (BRUNNER, *Rechtsgesch.* II (1892), p. 305/6 ; SCHROEDER, *Rechtsgesch.* (1907), p. 190).

(3) Miratur SEELMANN, *Rechtszug* etc. (*Gierke's Unters*, CVII), p. 79[4], quid ita in iure certo imperatoria auctoritate opus esse visum sit. Cui legat auctor sum act. apostol. XXVI, 32.

(4) Diplom. Conr. II (MGH), no. 275.

VI.

Apparet ex iis, quae proxime retulimus, non, quod volebat persuadere, quin plerisque persuasit Savigny (1), in Langobardorum partibus saeculo duodecimo admodum tranquille nullo sentiente propter negotiatorum commoda sponte renatum esse ius Romanum, sed Romae potius, saeculo vergente decimo magnis partium contentionibus summo civium studio et ira recuperatum et reductum, deinde ex ipso rerum capite placidiore iam cursu facto in membra permanasse (2), donec tandem aliquando Italia denuo, Germania primitus sub ditionem eius ultro venerint. Numquam enim urbis aeternae motus quoquoversus non exundarunt. In ipso vero temporis puncto, quum controversia illic fervebat, partes aestuabant, recentia odia flagrabant, quo tandem animo putabimus ferocem illum archidiaconum Leonem, quique eum sectabantur, Imperatoris tulisse pronuntiationem, qua propinqua victoria veluti de manibus sibi eriperetur et ab eo, cui semper esset in ore imperii restitutio (3)? Hoc si fingere nobis non possemus nosmet, nempe responderet auctor *Quaestionum de iuris subtilitatibus*, quas edidit anno 1894 Fitting parumque considerate Irnerio tribuit. Verba ne Tullio quidem plane indigna futura haec sunt (I 15 et 16) : *Discreti et loco et imperio populi diverso sub imperio diversa iura sectantur sicut Athenienses, Lacedaemonii. Qui vero nostra loca invadunt, quamdiu poss(u)nt ipsi iure gentium depelli, tamdiu statuta eorum velut hostium non discutimus. Sed, si regno eorum, qualecumque fuerit, extincto ipsi nobiscum ducendo invicem seu nubendo coalescunt, quotiens suae gentis vel nomen vel statuta praedicant,*

(1) *Gesch.* II (1834), p. 83/4.

(2) Praesensit Schupfer, *Manuale* (1895), p. 215 : « *la nuova epoca.... forse riceve il primo impulso da Roma* ». Sed iam tempus est delere *forse*

(3) Ad rem pertinere vidit Patetta, *Bull. dell' istit. di dir. rom.*, VIII (1895), p. 70[1].

non videntur aliud facere nisi vulnus antiqui doloris refricare : statutorum enim vis, si qua fuit, una cum suis auctoribus iam tunc exspiravit. (16) *Recolunt tamen adhuc quidam huiusmodi suas, ut ipsi dicunt, leges. Quorum exemplo et hi, quorum maiores casu quolibet aliunde huc delati permanserunt, sua nescio quae frivola nomine legum censentes recitant, ut totidem fere leges habeantur quot domus* (1). *Sed hi, qui nunc imperant, permittunt eiusmodi fieri, unius tamen imperii nomine volunt censeri. Non vident, quid ad hoc nomen consequatur. Qui enim nomen gerit imperii, gerere debet auctoritate quoque eiusdem, qua tuenda sunt eadem iura, quae sunt ab ea profecta. Horum igitur alterum (utrum) concedi necesse est : aut unum esse ius, quum unum sit imperium, aut si multa diversaque iura sunt, multa superesse regna. Nollent autem principes nostri eos, quorum adiuvant leges, vivos sibi conregnare : non ergo patiantur eos mortuos secum imperitare. Quorum vero dici volunt successores, eorundem curent esse imitatores.* Ergo queritur inprimis, quod barbarorum progenies, turba olim regnatrix, nunc cum vetere populo connubiis coalita et concreta, regibus eorum cum regno suo extinctis, nihilominus non desinat leges suas imponere velle, deinde, quod *hi, qui nunc imperant, permittunt eiusmodi fieri,* quin tales *adiuvant leges.* Quae scripta esse non possunt nisi Romae, non post annum 1038 non ante annum 998. Ubi enim terrarum aliquid gessit ullus Imperator, ullus denique rex, quo videri potuerit barbarorum leges contra ius Romanum *adiuvare,* unam si exceperis Ottonis III pronuntiationem in placito anno 998 Romae habito? Qua de pronuntiatione extra Romam conquesturus quis erat? Quocirca non ferendus KANTOROWICZ, quum dcceat (2) ubivis terrarum has Quaestiones scribi potuisse, vel minus GAUDENZI (3),

(1) SCHUPFER, *Manuale* (1895), p. 172 : « *asserzione forse esagerata* ».

(2) *Ztschr. der Sav.-St.* (*Rom.*), XXX (1909), p. 254/5.

(3) *Mélanges Fitting* II (1908), p. 701 sqq.; *Memorie* (*Bologna*) I (1906/7), p. 137 sqq.

cui videtur *Justitiae templo*, ubi disputatio instituta fingitur (*Prol.* § 1), Ravennam demonstrari, quum sit sumptum e const. *Deo auctore* (§ 5). Rursus, quo permisso auctor Quaestionum indignabatur, id edicto Conradi permitti nonne desiit? Quod vidit Schupfer (1), priora non vidit, quocirca Quaestiones non vergente sed virente decimo saeculo (2) natas esse statuit, non perspecto (3), quod vinculum inter Ottonis III pronuntiationem illam et obiurgationem auctoris nostri intercederet. De eo quidem plane cum Francisco Schupfer (4) mihi convenit: odium iuris Longobardici, quod duobus saeculis post etiam alibi surgere videmus veluti Bononiae in quibusdam, non omnibus, codicibus Huguccionis decretistae, ubi *lex* Lombarda fit *faex* Lombarda (5) et apud Odofredum: « Longobarda non est lex nec ratio (6) », tale, inquam, odium undecimi saeculi initio invasisse solos aeternae urbis cives. Quippe Ticini toto saeculo undecimo iurisconsultos cernimus pacifice (7) intentos, ut legem Longobardicam tacita opera sua ad *legem generalem*, sic enim appellabant (8) ius Romanum, quoad eius fieri posset, aptarent flecterent accommodarent: Bononiae veros Glossatores Bulgarum non consentientem *legem Longobardam* negantibus *esse legem* (9), Hugonem etiam *summulam de pugna* fidibus

(1) *Manuale* (1895), p. 170/3.

(2) « *in pieno decimo secolo* ». In quarta manualis editione (1908), quam videre mihi non contigit, hoc mutasse non videtur. Cf. *Ztschr. der Sav.-St.* (*Rom.*), XXX, p. 254^{10}.

(3) Perspexisse videtur nemo. Quod quia vix credibile erat, consului urbanum oraculum Franciscum Brandileone, qui hoc ipso mense (Maio 1925) mihi rescripsit, rem ita habere.

(4) *Memorie* (*dei Lincei*), 5, V (*Atti*, 1897), p. 92.

(5) Maassen, *Jahrb. des. gem. Rechts* (1858), p. 229^{30}, quem non plene laudat Stobbe, *Rechtsquellen*, I (1860), § 57, not. 21 (p. 599).

(6) Savigny, *Gesch.* II (1834), § 76, note *f*.

(7) Halban II, p. 130: « *ein feindlicher Gegensatz zwischen diesen beiden Elementen wurde nicht* angenommen (= *empfunden*) ».

(8) Locos collegit Boretius in libri Pap. praef., § 69 (i. f.).

(9) Savigny, *Gesch.* IV (1850), p. 476, 21.

modulantem Longobardicis (1), ceteros haud ita raro Longobardorum leges verecunde laudantes (2). Gradatim quidem e puncto circuli ad circumferentiam instinctus propagatus insinuando se ubique effecit, ut quasi contagio quodam infectum (3) ius Longobardicum subito (4) tabesceret.

VII.

Sanum mihi iudicium de praedictis Quaestionibus ferre videtur SCHUPFER, quum doceat (5) opus illud magni aestimandum esse non tantum relatione facta ad eum disciplinarum statum, qui proprius fuit decimi saeculi, quod profecto omnium pessime audit nec nisi illustri GERBERTI nomine a vitio inertiae et perfectae ignorantiae aliquatenus redimitur, sed totius medii aevi inter optima habendum. Plus dici potest : nihil Irnerium, nihil universam Glossatorum scholam edidisse, quod non palleat et veluti diffugiat ad hoc lumen ; ipsam denique summam Azonis, quantumvis sit eximia, hanc tamen comparationem sustinere non posse. Quin etiam ingenti CUIACIO quem in hac nostra arte nemo aut superavit umquam aut superare se posse, si sanus est, autumat, ingenii viribus non cedit noster, cedit fontium numero, quibus uterque horum usus est. Nostro enim praesto non fuerunt nisi CICERONIS rhetorica opera (6) et JUSTINIANI codices, e quibus mirum quam vividam iuris Romani imaginem duxit, ne

---

(1) SAVIGNY, *Gesch.* IV, p. 169 ; CONRAT, *Gesch.*, p. 413[3].

(2) NEUMEYER, *Gemeinrechtl. Entwicklung*, I (1901), p. 72/3.

(3) Imaginem praeivit HALBAN, II (1901), p. 132.

(4) MENDELSSOHN, *Ztschr. der Sav.-St.* (*Rom.*), XXIII (1902), p. 506 : « *Abgeschen von einer kurzen Zeit, während der sich das römische und langobardische... als gleich mächtige gemeine Rechte gegenüber standen ist in Ober- und Mittel-Italien stets ein Recht das ausgesprochen herrschende, das Landesrecht, gewesen : bis zum XI Jahrhundert das langobardische, vom XII Jahrhundert an das römische.* » Cf. NEUMEYER, *op. cit.*, I (1901), p. 57-79.

(5) *Manuale* (1895), p. 169.

(6) Usus est (Prol. § 3), de Invent. II, 22. § 65, et item (I, 3), Top. 2, § 3. Vidit hoc editor, illud GAUDENZI, *Mél. Fitting*, II, p. 725.

hodierno quidem ulli ingenio cessurus, si novis fontibus religiose manus aemulus abstineat. Ergo tanta virtute viri nomen articulare non posse, id vero germanum infortunium est. Negare tantum pro certo licet Gerbertum fuisse, quem, si divinando quaerenda veritas esset, nemo non putaret ; non, quin iuri quoque Romano operam ille dederit et in hoc quoque campo praeierit, sed, quia constat, nostrum ex ipso fonte, doctum papam e rivulo, Summa Perusina, bibere maluisse (1) pragmaticorum exemplo, qui tunc ingenti spiritu pro iure Romano adversus Longobardicam legem dimicabant, quibus quotiens potestas erat iure Romano disceptandi, usque Perusinum monstrum pro lege Romana amplectebantur (2). Genuino constitutionum codice Roma non est usa ante annum 1060 (3), praeverterant Ravenna annis 975 et 1013 (4), Aprutium anno 1057 (5). Clusium anno 1058 (6) ; similiter Pandectis Tuscia usa est anno 1076 in placito placitorum (7). Roma non ante annum 1107 (8), quum temere laudet SCHUPFER (9) annorum placita 998 et 1011 (10), quo de utroque placito dicenda dixit PATETTA (11), dubia denique fides sit — ubi laudantur (12) l. 50 D. 4. 8 ; l. 6 D. 6. 1 — habitorum Romae anno 1105 gestorum, quae leguntur in Farfensi, non

(1) Dictum § 1.

(2) Locos dabit PATETTA, praef. p. XLII.

(3) *G. U.* 1404. Laudatur ibi non tantum c. 1, C. 7, 65, sed etiam c. 6, C. 7, 52.

(4) *G. U.* 1002 ; 1193. Utrubique laudatur c. 16, C. 2, 4 (et Jul. 370).

(5) *G. U.* 1392. Laudatur c. 8, C. 7, 43 (*excitatus iam per peremptorium edictum, ut lex praecipit*).

(6) *G. U.* 1395. Laudatur c. 1, C. 7, 59. Vidit SAVIGNY, *Gech.* II (1834), p. 230.

(7) *G. U.* 1454. Laudatur l. 26, § 4, D., 4, 6.

(8) *G. U.* 1539. Laudatur ibi l. 7, § 8 (ia. l. 6), D., 4, 3 (*nulla videtur esse actio, quae per exceptionem inanis efficitur*).

(9) *Memorie* (*dei Lincei*), 5, V (*Atti* 1897), p. 59.

(10) *G. U.* 1121 ; 1181.

(11) *Bull. dell' istit. di dir. rom.*, VIII, p. 74[1].

(12) Col. 346 A, 346 B.

Registro sed, Chronico (1), quia apparet ea gesta magno saeculo post (2) esse retractata atque conversa in speciem invectivae contra regnum terrestre Sanctae sedis, quo fit, ut singula omnia in iis suspecta sint. Apparet igitur, quo tempore pragmatici doctique iunctis viribus peregrinas leges Roma expellebant (998-1038), pragmaticis quidem sidus fuisse, quotiens mihi iam dictam, Summam Perusinam, doctis autem — plurali numero utor, quia docet auctor Quaestionum (III § 1), *sole(re) et ali(os) praecipiendo disputando iura interpretari* — in manibus versatos fontes puros et virgines iuris Justiniani, quocirca confirmatur doctrina Fickeri (3) : maiore numquam intervallo discretas fuisse scholam atque vitam quam, quo tempore reditum est ad ius Romanum (4).

VIII.

Inveterata est opinio, quae quum oppugnatores (5) tum defensores (6) suos habet : post Justinianum in Occidente Pandectas aliquamdiu delituisse, donec casu quodam in lucem protracti opera virorum doctorum denuo generi humano prodesse vel nocere coeperint. Sed non tantum de ipsa re, sed etiam de tempore quaeritur, quo latere coeperint quoque

---

(1) *Fonti per la storia d'Italia*, 33-34 (post Muratorium, Scriptor. II, 2 ; MGH, Scriptor. XI). Desunt apud Huebnerum.

(2) Anno 453 a Carolo imperatore (col. 353 A/B), id est (col. 350 B), ab anno 774. Addendo fit 1227. Qua re nihil moventur docti editores (Fonti 33 p. XXXIII; MGH, scriptor. XI p. 557). quominus genuina credant.

(3) *Sitzungsber.* (*Wien*), 67 (1871), p. 590.

(4) « *vergleichen wir das tatsächliche Rechtsleben in Italien, wie es sich in den Urkunden darstellt, mit den Schriften der Rechtskundigen, so ergibt sich bis weit in das zwölfte, in manchen Beziehungen selbst bis in das dreizehnte Jahrhundert hinein ein Gegensatz zwischen Praxis und Theorie, wie er schärfer kaum gedacht werden kann* ».

(5) Horum princeps est Fitting.

(6) Veluti Theodorum Mommsen, praef. p. XIII (sed cf. etiam, p. XXXVIII, not. 1) ; Maximilianum Conrat, *Gesch.*, p. 65-75, 628, qui etiam contraria Hermani Fitting argumenta digessit.

desierint. Et quidem de initio eorum defectionis, siqua defectio fuit, magis constat quam de fine, quia adhuc adhibentur anno 603 a papa Gregorio Magno ; ergo aut numquam aut post 603 defecerint necesse est. De fine diu creditum est abbati Urspergensi (1) : ante Irnerium *libr(os) legum diu neglect(os) fu(isse) nec qu(em)quam in iis studu(isse)*, quod mutandum fuit postquam inventum est et editum (anno 1776) placitum Tuscum (2) anni 1076, quo adhibetur Pandectarum textus quidam (3). Quocirca erat ea inferior meta, quum in lucem prodibant Quaestiones de iuris subtilitatibus (4), quae quum scriptae sint oportet ante annum 1038, tum de Pandectis larga manu spargunt. Quarum auctor ipse quoque servit opinioni, in qua plerique nunc sunt : aliquamdiu (IV 9) *libr(os) legitimae scientiae fere peri(isse)*, id est, delituisse, non tamen sua ipsius vel patrum suorum memoria, sed *illis temporibus*, quibus *Transalpini*, id est, Longobardorum *reges* imperium sumpsissent. Vertitur enim ingens error omnium eorum, qui de his Quaestionibus scripserunt (5), solo, ut videtur, excepto Besta (6), quod *reges Transalpinos*, quorum cineres exagitat rogisque insultat noster (IV 4 et 9), eosdem putant esse atque eos, *qui nunc imperant* (I 16), quum tamen illorum regnum *extinct(um)* dicatur (I 15), ipsi vero *mortui*, quos *nollent principes nostri*, id est, qui nunc sunt (7), *vivos*

---

(7) Locum exscripsit Kantorowicz, *Ztschr. der Sav.-St.* (*Rom.*) XXXI, p. 35, et anno 1230 auctorem decessisse tradit. Paulo vetustius est testimonium Joannis Bassiani, *Ztschr. cit.* (*Rom.*), IX, p. 40 : *cum ars ista longo tempore latuisset, primo illa pars est inventa, quae digestum vetus vocatur.*

(1) *G. U.* 1454.

(2) L. 26, § 4, D., 4, 6.

(3) Triennio post Maximiliani historiam.

(4) Omnes horum sententias qui vult cognoscere, aut adeat Hermannum Fitting, *Ztschr. der Sav.-St.* (*Rom.*), XVII (1896), p. 1 sqq., aut Franciscum Schupfer, *Memorie* (*dei Lincei*), 5, V (*Atti* 1897), p. 5 sqq., qui et suas et ceterorum digesserunt.

(5) *Memorie*, cit., p. 73.

(6) De stirpe utique Saxonica. Nam Caroli Magni progeniem fuerit*ne* *Transalpinis regibus* adscripturus, an iis, *qui nunc imperant*, in obscuro est.

sibi conregnare (I 16). Quamquam respondet SCHUPFER (1) : ideo *Transalpinos reges* intelligi non posse Langobardos, inprimis, quod Langobardi numquam tenuerint Romam, quum Transalpini ab auctore nostro (IV 4) tenuisse Romam perhibeantur, et, hoc ut omittatur, tenuisse *dudum*, quod apud classicos scriptores semper significet *nuper* (2), quod de Langobardis dictum qui conveniat anno 962, quo coeperunt Ottones imperare, posteriorive? Quod praeterea (IV 9) non conveniant interpretationi tempora : *potestatem sumpserunt* (3) (pro sumpserant), *nollent* (pro noluissent), *haberent* (pro habuissent). Cui repono : etiam apud classicos auctores condicionalem modum saepe habere imperfectum pro plusquamperfecto et in utroque membro (4), quod autem ad reliqua grammatica argumenta attinet, nunc non agi de classico auctore ; historicum denique argumentum ideo concidere, quod idem error sit in Libello de imperatoria potestate in urbe Roma (5), unde nostrum hausisse puto sicut pro fonte fuit chronographo inepto Soractino (6) et in celeberrimo diplomate (7) doctissimo imperatori Ottoni III. Ergo, quum scribat noster, non sua vel patrum memoria, sed Transalpinorum regum temporibus libros legitimae scientiae latuisse, defectionis tempus vel magis contrahitur, sed simul apparet auctorem non scientiam ut de re, cui ipse suive interfuerint, profiteri, sed perinde ut BASSIANUS, abbas Urspergensis,

---

(1) *Memorie*, cit., p. 73.

(2) Cf. ibid., p. 54[4] et 55. In manuali (1895), p. 172, ipse vertebat *da lungo*.

(3) *Memorie*, cit., p. 54.

(4) ZUMPT, *Grammatik* (1844), § 525.

(5) Monum. Germ. Hist., Script. III, p. 719-722. Scriptus sit oportet ante 962, nullas insidias si tegunt verba (p. 722, 21), quibus significatur post Carolum Calvum in urbe Roma *honorificas consuetudines regiae dignitatis nemo imperatorum nemo regum adquisivi(sse)*.

(6) Script. III, p. 696 sqq (cf. p. 699, 22/3 cum p. 719, 52-3 ; p. 703, 42 sqq. cum p. 720, 26 ; p. 719, 4/5 cum p. 720, 45).

(7) No. 389. Cf. GIESEBRECHT, *Kaiserzeit*, I (1863), p. 851 (ad p. 727/8).

Mommsen, Conrat ceteri ex coniectura loqui. Itaque etiamnunc spes est, fore aliquando, ut Pandectarum usus eius, qui fuerit interpositis inter Gregorium Magnum et auctorem Quaestionum saeculis aliquando vestigia emergant.

IX.

Brachylogum non esse Glossatorium opus, certum videtur. Quod ut ita sentiam, movet me praecipue creberrimus usus Breviarii (1), quod a Glossatoribus adhibetur quidem sed rarissime (2). Itaque legitima videtur esse conclusio : aut non esse scriptum Bononiae aut antea scriptum, quia post non potest (3). Si alibi, aut Romae aut Ravennae aut Ticini aut in Galliae partibus. Verum Ticino obstat, quod non nisi semel (IV 4 § 18) lex Langobardica laudatur, Romae, quod laudatur omnino (4), Galliae quod Pisana litera adhibetur (III 2 § 1). Ergo cum Ravenna remanet Bononia nondum Glossatoria. Sicut autem Brachylogo auctor, ita quaeritur scriptum opus Glossatorum decessori Peponi, clarissimo quondam iurisconsulto (5), quem nugator Odofredus docebat *nullius nominis* fuisse, cuiusque putabat Azo *nullum scriptum exstare*. Et Odofredus quidem testimonio refellitur cum Pepone coaevo (6), ubi *clar(um) Bononiensium lum(en)* audit, Azo vero ipse mirari potius videtur, cur tanti coryphaei liber exstet nullus. Quamobrem negat Fitting (7), spem

(1) Cf. Wretschko, de usu Breviarii (Theodos. (ed. Mommsen), I, 1), p. CCCXXIX sq.

(2) Adhibetur semel ab Azone. Cf. Wretschko, p. CCCLV.

(3) Cf. Conrat, *Gesch.*, p. 574.

(4) Utrumque vidit Schupfer, *Manuale* (1895) p. 182, p. 183.

(5) Peponis fata ab interitu vindicavit Fitting, *Ztschr. der Sav.-St.* (*Rom.*), XXIII, p. 31-45, qui hoc solo tractatu suo miscuit nihil, quod a severa doctrina remotum sit. Quem insectatur potius quam refutat Kantorowicz, *Ztschr.* cit. (*Rom.*), XXXI, p. 29-34.

(6) *Ztschr.* cit. XXIII, p. 34. Elevare cupit obtrectator, *Ztschr.* cit., XXXI, p. 30/1, not. 31.

(7) *Ztschr.* cit., XXIII, p. 45.

omittendam operis eius alicuius aliquando in lucem venturi (1). Quod ego perinde nego, sed quaerendum aio : possitne Brachylogo auctor dari PEPO, PEPONI opus Brachylogus? Modo sit aliquod vestigium, libenter, opinor, quivis utrumque nomen coniunxerit. Et est vestigium, nam locus Pandectarum, ad quem anno 1076 in placito celeberrimo Tusco (2) adsidente PEPONE causa definita est (l. 26 § 4 D. 4. 6), is ipse locus etiam respicitur Brachyl. II 11 § 8. Ego vero, quia non puto duos fuisse toto undecimo saeculo viros doctos, qui titulum *quibus ex causis maiores*, sive cum scriberent sive cum iudicarent, tam praesentem haberent, non possum quin censeam, donec melius adferatur quid, PEPONEM pro auctore Brachylogi interim habendum esse.

Habes donum meum, quod postquam relegi et cogitare coepi, cui tradendum esset, non potui non erubescere, quin paulum afuit, quin partum infelicem et ad deformitatem natum ipse parens praefocarem. Sed temperavi, ne deesset persona mea inter admiratores ingenii tui. Tu vero meliore natus augurio clementer accipies, quae tibi offeruntur a minorum gentium collega, cui aetas agenda fuit inter osores et contemptores communis nostrae disciplinae, properantes ad alia omnia discipulos, latini sermonis, quo praecipue valebat, praeter paucos philologos civitatem oblitam. Valeas opto commilitonis memor

NABERI.

(1) « *Demnach ist die Hoffnung nicht ausgeschlossen, durch die Gunst eines glücklichen Zufalls noch einmal eine Schrift des* P. *zu finden* ».

(2) *G. U.* 1454. Textus legitur *Ztschr.* cit., XXIII, p. 38/9.

TIPUCITUS

PAR

PIERRE NOAILLES

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT
DE PARIS

TIPUCITUS.

Le *Codex Vaticanus Graecus* 853 est un manuscrit de papier, grand modèle (31 × 25), de cinq cents folios. Il n'est pas autographe, mais fut écrit par différents copistes au XIII[e] siècle (1). Ces copistes ont fait usage d'un grand nombre d'abréviations, souvent d'abréviations inusitées qu'ils paraissent reproduire de leur archétype avec plus ou moins d'intelligence. La lecture en est difficile.

L'œuvre qu'il contient est un résumé des 60 livres des Basiliques enrichi de *paratitla*. Ce manuscrit a une histoire fort singulière. Un grec du dix-septième siècle, Nicolas Commène Papadopoli, homme fertile en inventions audacieuses, en a fait un jurisconsulte. Cette fraude littéraire, appuyée sur quelques faux-semblants, a abusé les savants, historiens et juristes. Pendant un siècle et demi notre manuscrit, sous le nom de Tipucitus, a vécu d'une vie usurpée. En 1838, G. E. Heimbach a fait rentrer dans le néant ce jurisconsulte fantôme en dévoilant l'imposture (2).

Un sommaire des soixante livres des Basiliques remplit les 500 folios. Il reproduit intégralement la suite des livres, des titres dans chaque livre, ainsi que les rubriques des titres. Ces rubriques sont en général mot à mot, quelquefois écourtées. Dans la majorité des titres, la rubrique est suivie d'un résumé plus ou moins long et qui n'a pas toujours le même caractère.

---

(1) XIII[e] siècle, Ferrini et Mercati, ΤΙΠΟΥΚΕΙΤΟΣ *sive Librorum LX. Basilicorum summarium*, Rome 1914, p. XI. Assemanni, *Bibliotheca Juris Orientalis*, II, p.547, l'avait daté du XI[e] siècle, G. E. Heimbach, ΑΝΕΚΔΟΤΑ, Leipzig, 1838, I, p. 220, suivi par son frère, *Basiliques*, II, p. VIII, pensait qu'il était du XIV[e] siècle.

(2) Heimbach, *Anecdota*, I, p. 220.

Tantôt il reproduit le texte même des Basiliques, tantôt il l'abrège, parfois même il le paraphrase (1). Enfin ces résumés sont accompagnés de *paratitla*. Ces *paratitla* ou citations de passages parallèles forment la partie originale de l'œuvre et lui donne sa valeur et sa signification. Sous les résumés de chaque titre, l'auteur a réuni, en des citations innombrables, ce qu'il a pu découvrir de dispositions semblables ou de dispositions contraires ayant trait au même sujet que le titre. Ces dispositions, il les a prises dans les autres livres des Basiliques et il ne manque jamais d'indiquer les numéros du livre, du titre, du chapitre, souvent même du paragraphe. Son but a été de dresser un répertoire méthodique et commode des matières dispersées dans cette vaste collection de lois. S'il n'a pu être absolument complet, il a fait son inventaire avec beaucoup de soin et d'intelligence. C'est une œuvre qui dépasse l'ordinaire des compilations sans critique des jurisconsultes de son temps et elle a dû être très utile (2).

Elle est encore pour nous de grande importance. Les Basiliques, cette œuvre capitale pour l'histoire du droit byzantin et aussi pour l'histoire du droit romain, ne nous sont connues que par un petit nombre de manuscrits dont quelques-uns sont fort médiocres. Ils sont de plus incomplets. Si l'on considère que les livres 16, 17, 18, incomplets et mutilés dans le *Parisinus Graecus* 1352, ont été retrouvés et publiés par ZACHARIAE d'après un manuscrit de la Bibliothèque du Saint Sépulcre (3), il manque toujours les livres 19, 30 à 37, 43, 44, 53 à 59, soit dix-neuf livres (4). Pour la reconstitution de ces livres perdus aucune autre source ne vaut notre manuscrit (5). A vrai dire,

(1) G. MERCATI, *Tipucitus*, p. XVIII.

(2) ZACHARIAE, *Krit. Jahrb. Richt. u. Schn.*, 1847, p. 628.

(3) ZACHARIAE, *Supplementum Editionis Basilicorum Heimbachianae*, Leipzig, 1846.

(4) G. E. HEIMBACH, *Basil. Prolegom.*, VI, p. 163 ss.

(5) ZACHARIAE, *Paralipomena ad Basilica*, Leipzig, 1893, p. 8. « ... *summaria Tipuciti utpote quo melior dux et comes restitutionis inveniri non possit* »

c'est souvent la source unique. Ch. G. E. Hembach, s'en est beaucoup servi dans son édition des Basiliques (1). Mais il n'en avait qu'une rapide et mauvaise copie faite par son frère, G. E. Heimbach, et il y mêle mal à propos d'autres sources qui ne sont pas proprement des sources des Basiliques (2). Il resterait beaucoup à faire pour établir une restitution critique. Ce sont les *paratitla* plus que les sommaires qui peuvent servir. Mgr. Giovanni Mercati compte, dans les 12 premiers livres qu'il a édités, soixante deux citations des livres perdus et estime que le reste de l'œuvre en fournirait plus de mille (3).

Ce qui ajoute à la valeur de notre manuscrit, c'est qu'il est unique. On n'en connaît pas d'autre contenant la même œuvre. On ne peut compter comme source indépendante les deux manuscrits, *Vatic. Graec.* 1928 et 1929. C'est la copie en deux volumes du *Vat.* 853. Elle fut faite par Léon Allatius pour les 40 premiers livres, par Laurent Portius pour le reste (4). Léon Allatius est un des plus savants et des plus illustres de ces Grecs du XVII^e^ siècle qui trouvèrent un asile studieux et retiré dans la Bibliothèque Vaticane où il fut appelé par Paul V. Son chef, Horace Giustiniani, comme lui un Grec de Chio, ne l'aimait pas. Il jalousait sa science et surtout sa connaissance des lettres grecques. Il l'enleva aux travaux plus importants qu'il faisait, un index des manuscrits grecs du Vatican, pour lui faire copier notre manuscrit. Pendant tout le temps que Giustiniani géra la bibliothèque, (de 1630 à 1640), il fut attaché à cette copie, comme à un moulin, dit son collègue Etienne Gradius (5). Il supporta cette épreuve avec une égalité d'âme suprême. Mais il ne fit pas fort bien sa copie, car

(1) Cf. Heimbach, *Basil.*, I, p. XIII ; II, p. VI, ss, p. X. p. 742 ; III, p. V, p. 503, p. 514 ; IV, p. V ss, p. 296 ; V, p. 25, p. 112.

(2) Cf. sur l'usage du *Tipucitus* par Heimbach, Zach., *Suppl.*, p. VII et ss.

(3) Mercati, *Tipucitus*, p. XXXVI.

(4) Mercati, *Tipucitus*, p. XI, n. 1.

(5) Cozza Luzzi, *Novae Patrum Bibliothecae*, Tome X, p. 379.

il ne résolut aucune des nombreuses abréviations et son travail n'est guère utilisable.

Sur le premier folio du *Vat.* 853 se trouve une inscription fort difficile à lire car elle est en très mauvais état. Voici ce qu'en a déchiffré son dernier éditeur, Mgr. GIOVANNI MERCATI (1). « Τιπούκειτος γενόμενος διὰ τῆς τοῦ θεοῦ βοηθείαϚ καὶ τῆς ..υ..... ου τῆς κυριωτ<ά>της?> παρὰ μ <οῦ> (2) κριτοῦ τοῦ Πατ <ζ> ἡ ..... ρασκ.ψάτ..εἰς τὸν τούτου λειμῶνα καὶ ἔργοις...οισ.ν... εται ως ....<ἱ>δίαις προσφόρως καὶ αὐτοῦ τοῦ παραδείσου κλῆσιν εἴληφε...

Cette inscription comprend évidemment deux parties d'âge différent. La première partie nous donne le nom de l'ouvrage et de son auteur : « Tipucitus, composé par Michel ou Manuel Patzos le juge ». D'après les très excellentes recherches de Mgr. G. MERCATI (3), ce Michel Patzos paraît bien être celui dont le nom est cité cinq fois dans les Basiliques (4) et à qui sont attribuées quatre scolies (5). Deux d'entre elles présentent une concordance étroite avec le texte même de Tipucitus. Il nous dit dans un de ses *paratitla* qu'il est l'élève de magister GARIDAS (6). S'il en est ainsi, c'est un jurisconsulte du XI^e^ siècle, contemporain d'ALEXIS I COMMÈNE. On peut même préciser et admettre qu'il composa son œuvre entre l'année 1086 et les cinq années suivantes. Car il ne cite aucune des nombreuses novelles d'Alexis postérieures à ces années, tandis qu'il en mentionne cinq dont l'une est de 1086. Le jugement rendu par le même empereur en 1090-1091 qu'il relate, est une addition faite après l'achèvement de son œuvre (7).

---

(1) MERCATI, *Tipucitus*, p. 1.

(2) MERCATI, p. XXIV, note 1, modifie sa lecture : « quod παρὰ μ[οῦ] scribens dormitarim, illud legenti cuilibet facile apparebit » et pense qu'on peut retrouver l'abréviation de μιχ[αηλ] ou de μαν[ουηλ].

(3) MERCATI, p. XXII et ss.

(4) HEIMBACH, *Basil.*, I, 35 ; V, 716 ss., 751, 767, 795.

(5) *Basil.*, 37, 4, § 5 ; 37, 67 ; 39, 11 ; 41, 47.

(6) Fol. 79 *verso* ; *Basil.* 19, 4, 12 (HEIMBACH, II, 276).

(7) MERCATI, p. XXXIII.

Quant au nom un peu singulier de l'ouvrage, Tipucitus, il n'est pas difficile à expliquer. C'est un mot composé de formation pédante τὶ ποῦ κεῖται. Qu'est-ce que c'est, où est ce? Notre ouvrage est en effet un répertoire de citations des Basiliques. Les *paratitla*, comme je l'ai dit, en sont la partie originale .

La fin de la note est une addition postérieure qui exprime l'admiration d'un copiste ou d'un lecteur pour l'œuvre. Nous pouvons comprendre au texte mutilé qu'il l'a comparée à une prairie et qu'elle a été appelé paradis. C'est sans doute une reminiscence du célèbre *Pratum spirituale* qui a été appelé « νέον παραδείσιον » (1).

Léon Allatius ne s'est pas laissé tromper par cette note ou du moins par ce qu'il a pu en lire. Au début de sa copie, il a donné l'explication du nom de Tipucitus (2). Ses successeurs ont été moins habiles. Nous allons voir comment par une série de confusions, de quiproquos et de tromperies, Tipucitus devint un jurisconsulte.

Son premier parrain, celui-là involontaire, fut Jacques Cujas Dans ses *Observationes*, (3), Cujas commente un extrait d'Ulpien qui est au Digeste liv. 33, tit. 6, ch. 9. A propos d'un legs de vin, Ulpien se demande ce qui peut être appelé vin et compris dans le legs. Il énumère, un peu longuement, les mélanges fermentés connus de son temps, bière, cervoise, hydromel, vin doux, vin cuit, vinaigre, etc. Cujas le suit dans ses développements. Puis impatienté il conclut : « *Haec sufficiunt ut appareat quam jure ab Athenaeo*

(1) Mercati, p. XXX. Nous avons un autre témoignage de l'estime des contemporains pour notre œuvre. Treu a publié (*Byzantinische Zeitschrift* 1893, p. 96 ss.) le discours d'un professeur du XI[e] s., interrogeant son disciple. Il cite le *Tipucitus* parmi les œuvres les plus utiles et les plus célèbres de son temps pour l'étude de la jurisprudence.

(2) *Vat. Grec.* 1928, fol. 1 *recto*. *Dicitur* τιποὺκειτος *ex verbis* τὶ et ποῦ et κεῖται *quasi diceres quid et ubi jacet vel reperitur* ».

(3) Cujas, *Observationes*, liv. XXIV, chap. XXXIX, in fine.

Ulpianus κειτούκειτος ὀνοματοθήρης *appelletur* ». C'est une boutade jetée en passant qu'il n'explique pas davantage. Mais qui peut calculer la portée d'une plaisanterie quand elle est faite par un grand homme dans une œuvre grave? Elle fut prise au sérieux et eut une fortune singulière.

Si nous cherchons dans le Banquet des Sophistes d'Athénée (1) ce que Cujas a voulu dire, nous y lisons l'histoire d'un certain Ulpien de Tyr, sophiste et grammairien. Il était passionné de discussions grammaticales et sans se lasser, dans les rues et chez les libraires, il posait et résolvait des problèmes de terminologie. Lorsqu'on lui présentait un mets il demandait « κεῖται, οὐ κεῖται; Est-il cité, n'est-il pas cité? » Il refusait d'en manger s'il n'était pas cité dans un bon auteur attique. Ce purisme exagéré, ce pédantisme l'avait fait surnommer κειτούκειτος.

La tradition littéraire de la boutade de Cujas mérite d'être signalée. Isaac Casaubon repoussait l'assimilation des deux Ulpiens (2). Mais elle fut relevée et mise en système par l'éditeur d'Athénée, Schweighauser. La chronologie du grand jurisconsulte est mieux connue que celle de l'obscur sophiste. Passée à l'état de vérité cette confusion des deux Ulpiens servit, dans tous les manuels et dans toutes les éditions, à fixer la date du Banquet des Sophistes à l'année 228, l'année de la mort d'Ulpien. Jules Nicole montra en 1887 toute l'inanité de cette tradition (3).

La tradition juridique repousse dès le début cette assimilation. Le Tipucitus qu'elle allait créer avait écrit sur les Basiliques. Il ne pouvait être quêstion du grand Ulpien ! Mais elle fut peut-être plus légère encore. Sans chercher à savoir qui était ce κειτούκειτος, elle se contente d'invoquer l'autorité de Cujas en faveur de son Tipucitus.

---

(1) *Athenée*, liv. I et liv. XV.

(2) Casaubon, *Animadversiones ad Athen.*, p. 516.

(3) Jules Nicole, *Athenée et Lucien*, Mélanges Renier 1887, p. 27 et ss. (Bibliothèque de l'École des Hautes Études, 73e fasc.).

Le deuxième parrain de notre homme est Suarez, évêque de Vaison, au Comtat Venaissin. Suarez fut le premier à réunir, dans un ouvrage d'ensemble, les documents connus de son temps sur l'histoire littéraire des Basiliques et de leurs manuscrits. Il publia sa *Notitia Basilicorum* (1) à Rome où il avait été appelé par Urbain VIII. C'est une œuvre estimable par sa nouveauté bien qu'elle fourmille d'erreurs.

Dans le § 8 de sa *Notitia* (2), il cite un index alphabétique des Basiliques qui se trouverait dans les *Vat.* 752 et 754, dans le *Palat. Vat.* 223 et surtout dans le manuscrit qui porte l'inscription τιπούκειτος γινόμενος. Il n'a vu ni les uns ni les autres. Les trois premiers contiennent la *Synopsis Basilicorum* κατὰ στοιχεῖον et le Tipucitus n'est pas un sommaire alphabétique. Peut-être Léon Allatius, qui le copiait ces années-là, le lui a-t-il signalé. Il ne dit pas précisément que Tipucitus est le nom de l'auteur. Mais il juxtapose assez maladroitement à sa notice de manuscrits la citation de Cujas attirée par une analogie lointaine avec le nom de Tipucitus. Et il suggère ainsi, à qui voudra le croire, que Tipucitus est un homme.

Le vrai père de Tipucitus est un Grec, Nicolas Commène Papadopoli, professeur de droit canon à l'Université de Padoue. Il lui donna la vie par un audacieux mensonge.

---

(1) Suarez, *Notitia Basilicorum*, Leipzig, 1804, avec les notes de Pohl. La première édition est de 1637, à Rome.

(2) « *Laudat idem Augustinus in Notis ad Novellas* Πρόχειρον Βασιλικῶν κατὰ στοιχεῖον *Josephi Tenedii, et Indicem* Βασιλικῶν κατὰ στοιχεῖον *cujus ea esse suscipere exemplaria, quae servantur in Vaticanis Codicibus DCCCLII et DCCCLIV et Palatino Cod. CCXXII. praecipue in Codice inscripto :* Τιπούκειτος γινόμενος. *Et Ulpianus quidem Tyrius, alius a jurisconsulto, si Casauboni sententiam cap. II* Anidmadvers. in Athenaeum *sequamur ; vel ipsemet jurisconsultus, si Cujacio fidem adhibeamus cap. 39. lib. XXIV Observationum jur. ab Athenaeo in Libris Deipnosophistarum non tantum* ὀνοματοθήρης *sed etiam* κειτούκειτος *vocatus fuit, quod in epulis nihil gustaret cibi, quin prius rogasset* εἰ κεῖται, *seu* οὐ κεῖται, *sive* ὅπου κεῖται *ejus appellatio.*

Ce Papadopoli est une curieuse figure d'impudent faussaire, comme l'appelle Legrand (1) Son improbité scientifique garda des dehors graves et honorables et il jouit toute sa vie d'une réputation usurpée. Papadopoli, né à Candie en 1625, était originaire de l'île de Crète. Il entra à l'âge de 12 ans avec son frère dans ce collège grec de Saint Athanase à Rome où furent élevés la plupart des savants hellènes du XVII^e^ siècle. Au sortir du collège, il passa quelque temps dans la Compagnie de Jésus. Mais il l'abandonna très vite après y avoir pris l'habit. La faveur de Cosme III, grand duc de Toscane, le fit nommer abbé de San Zenobio. Il fut quelque temps directeur du collège des nobles de Capo d'Istria, l'ancienne Justinopolis. Puis sa vie se fixe. Nommé à 33 ans, en 1655, professeur de droit canon à l'Université de Padoue, il y resta cinquante et un ans jusqu'à sa mort. Il parcourut un à un les échelons de sa paisible carrière (2), il fut mis à la retraite à 82 ans, en 1738, et mourut deux ans après.

Cette carrière toute unie ne fut pas sans honneurs. La République de Venise au service de qui il était, le récompensa pour ses efforts de médiation dans les luttes entre les évêques grecs et latins. La plus grande distinction qu'on lui accorda fut de le placer parmi les quatre candidats que le Sénat de Venise proposa au pape Clément XI comme auditeur de rote quand une place de juge fut vacante pour la République dans ce très haut tribunal romain. Un historien de l'Université de Padoue, Facciolati, presque son contemporain, le classe parmi

---

(1) E. Legrand. *Bibliographie Hellénique des XV^e^ et XVI^e^ s.*, tome II, p. XXIX.

(2) Jac. Facciolati, *Fasti Gymnasii Patavini.* Patavii, 1757, Par. III, p. 8, 84 et 95 : en 1688 il est nommé, venant du collège des Nobles de Capo d'Istria, professeur ordinaire de seconde classe de droit canon, des cours du matin, aux appointements de 400 florins, portés à 600 en 1699 En 1703, il est professeur ordinaire de première classe des cours du soir avec 800 florins. En 1713, enfin il est professeur ordinaire de 1^re^ classe des cours du matin avec 1000, puis 1500 florins l'année suivante. Il est mis à la retraite en 1738 avec 1000 florins et meurt en 1740.

les professeurs les plus marquants de l'Université. « C'était, dit-il, un homme extrêmement grave et réservé et d'ailleurs d'une piété et d'une religion rares. Très savant en Lettres Grecques, non ignorant des Lettres Latines, il fit des travaux assez remarquables pour paraître un docte à son siècle. Il obtint le premier rang de sa classe avec dignité et grand renom (1) ».

Papadopoli publia de nombreux ouvrages de théologie et de droit canon dont Fabricius donne une liste (2). Les plus importants sont un gros traité de droit canon publié en 1736 sous le titre « *Praenotiones mystagogicae ex jure canonico* » (3) et une histoire de l'Université de Padoue en 1726 (4). Il publia cette dernière œuvre un peu contraint et forcé, pour exécuter la promesse qu'il avait faite, trente ans auparavant, aux triumvirs ou réformateurs de l'Université. Le premier de ces livres est celui qui nous intéresse. Il est rarissime. Je l'ai cherché en vain dans toutes les bibliothèques publiques de Paris, je ne l'ai trouvé que dans la bibliothèque de l'Ecole des Langues Orientales si riche en ouvrages curieux et rares de Grecs modernes (5). Il y est traité de matières les plus variées de théologie et de droit canon. Il a pour but, nous dit l'auteur, de montrer que si certains Grecs ont été schismatiques, l'Eglise Grecque ne l'est pas. Il veut montrer, malgré les apparences, suivant une préoccupation constante des Grecs de son époque

---

(1) Jac. Facciolati, *Fasti Gymnasii Patavini*. Pars III, p. 85.

(2) Fabricius, *Bibliotheca Graeca*, liv. 5, chap. 39, § 16.

(3) *Praenotiones mystagogicae ex jure canonico, sive responsa sex, in quibus una proponitur Communae Ecclesiae utriusque Graecae et Latinae Suffragium. De iis, quae omnino praemittenda sunt Ordinibus Sacris : atque obiter et Graecia adversus calumniatores defenditur, et praecipuae Photianorum ineptiae refelluntur.* Authore Nicolao Comneno Papadopoli Cretensi, Abbate S. Zenobii, S. Theolog. Philos. ac J. U. D. et in Academia Patavina Canonum Sacrorum interprete. Patavii ex Typographia Seminarii MDCXCVII. Opera Joannis Manetti. Superiorum permissu.

(4) Nic. Comneni Papadopoli, *Historia Gymnasii Patavini*, Venet., 1726, fol.

(5) Bibliothèque de l'Ecole des langues Orientales, X. 1. 41. Cf. Legrand, III, p. 50.

réfugiés en Europe, la concordance entre les deux Eglises (1). Sa polémique est vive et sent encore le seizième siècle. Il veut refuter les principales inepties de Photius, dit-il dans le titre, et il a deux ennemis intimes, Maxime Margounios et Georges Coressius, ses compatriotes, qu'il accable d'injures à chaque page.

De nombreuses autorités sont citées dans cette œuvre à allure pesante de livre érudit. Parmi elles nous trouvons le jurisconsulte Tipucitus. Papadopoli le cite vingt-deux (2) fois. Il l'appelle : « *Tipucitus, jurisconsultus* (3) ; *jurisconsultissimus inter nostros Tipucitus* (4) ; *ex nostris jurisconsultis notissimus Tipucitus* (5); *Tipucitus noster* (6) ». Il est muet avec prudence sur la vie et les œuvres de ce jurisconsulte. Mais ses citations sont accompagnées de références : treize au Digeste, trois au Code, cinq aux Basiliques, une à une novelle de Constantin Porphyrogénète (7). Il y a même des extraits de la soi-disante œuvre de Tipucitus. J'en ai relevé huit, parfois même assez

---

(1) En 1648, Leon Allatius, avait, lui aussi, publié *De Ecclesiae Occidentalis atque Orientalis perpetua consensione, libri tres...* Coloniae Agrippinae.

(2) Cf. Papadopoli, *Praenotiones mystagogicae*, p. 98, 123, 192, 196, 205, 235, 238, 301, 323, 338, 357, 370, 371, 384, 388, 393, 398, 400.

(3) Papadopoli, l. c., p. 98.

(4) Papadopoli, l. c., p. 123.

(5) Papadopoli, l. c., p. 357.

(6) Papadopoli, l. c., p. 136, 235, 238, 301, 323, 371.

(7) Ces citations desquelles on a conclu que Tipucitus avait écrit des commentaires sur le Digeste, le Code et les Basiliques sont faites d'après les procédés peu rigoureux du 17e siècle et ne peuvent le plus souvent faire l'objet d'aucune identification à Digeste : p. 98, not. 13, *lib. 13, tit. 3* ; p. 192, not. 2, *ad ff. ad. Tit. de Judic*; p. 205, n. 3, *in lib. 2 ff. tit. de Justit. et Jur.* ; p. 235, not. 1, *in lib.* I. *Pandect. sub init.*; p. 238, n. 2 *in lib. I Pand. in medio* ; p. 301, not. 12, *ad tit. Pand. de regulis juris* ; p. 319, not. 8, *in lib.* 18, *Pandect. init.* ; p. 323, not. 15, *ad Rubr. Pand. de probat.* ; p. 338, n. 1, *d. tit.* 3 *ad l.* 3; not. 5, *ad lib.* 22, *Pand. tit.* 3 ; not. 12, *ubi supra ad. leg .eod. tit.* ; not. 24, *ubi supra d. l.* 3; p. 388, not. 5, *ad tit. Pandect. de testibus.* Code : p. 196, not. 7, *ad Tit. Cod. de Usur.* ; p. 357, *in eruditissimis scholiis ad Codicem Justinianeum*; p. 371, not. 1, *in d.tit. Cod. de quaestio.* Basiliques: p. 123, not. 4, *lib.* 41, *tit.* 1, *de Falcidia* ; p. 388, not. 12, *in lib.* 21 *Basil.* ; p. 397, not. 2, *in lib.* 35, *Basil.* ; p. 400, not.2, *in lib.* 35, *Basil.* enfin p. 370, n. 7 *in Nov.* 2 *Const. Porphyrog...*

longs (1). Où Papadopoli les a-t-il pris? Les a-t-il même pris quelque part? C'est un petit problème littéraire jusqu'ici sans solution. Ils ne viennent assurément pas du Tipucitus du Vatican. Je les y ai cherchés en vain aux endroits signalés pas les références. Ils sont d'ailleurs d'un caractère tout différent. Notre manuscrit est une œuvre technique, un résumé sec et rapide des Basiliques. Ces extraits sont des réflexions philosophiques, des aphorismes et des définitions juridiques, tous d'une extrême banalité. Nous lisons par exemple une paraphrase d'une pensée de Socrate : « *Non semper et ubique quod optimum est, bonum est* », sur la relativité du bien. Nous

---

(1) P. 123. « *Quod pressius dixit Jurisconsultissimus inter nostros Tipucitus,* οὐ σκοπεῖται δὲ τὸ τίμημα ἀπὸ τοῦ παραχρῆμα ,καὶ σπανίως συμβαινόντων. — *Censendum non est ex improviso et raro accidentibus* ».— p. 205. « *Haec acute Philoponus, unde acutissime Tipucitus bonorum malorumque duo proponit genera.* Καὶ τῶν μὲν καλῶν ἔνια καλὰ καθ' αὑτὰ , τὰ δὲ σχετικῶς καλὰ λέγεται· καὶ τὰ καθ' αὑτὰ καλὰ· πάντοτε ,καὶ πανταχοῦ καλά, τὰ δὲ σχετικῶς ἄριστα , ποῦ, καὶ ποτὲ οὐκ ἀγαθὰ ,κακὰ δέ. Τοιγαροῦν καθ' αὐτὸ τὸ καλὸν σπάνιον ,καὶ ἐπὶ πολὺ σχετικόν ἐστιν. Ὅθεν φρονήσεως αἱ πράξεις ἔχουσι χρείαν· Τὸ γὰρ καλὸν ἐν ταῖς πράξεσι τὸ ἐπὶ πολύ. — *Et bonorum quaedam se ipsis bona sunt, quaedam vero bona propterea dicuntur, quod ad aliqua referuntur. Jam quae se ipsis bona sunt, ea semper, et ubique bona, quae vero optima, quia referuntur ad aliud alicubi, et aliquando non bona, sed mala censentur. Igitur bonum, quod ex se, bonum est, rarum : ut plurimum bonum ex eo quod referatur, est. Quare prudentia agentibus opus est ; quando in actibus bonum est, quod ut plurimum sit.* ». — p. 301. Ὅρος δὲ δυσχερέστατον νόημα, ὅτι καὶ τὰ κρυφία φανεροῦν δεῖ αὐτὸν, καὶ ἰδίοις τοῖς ῥήμασι φανεροῦν. — *Finitio autem difficillimum mentis inventum est, quod oporteat, eo abdita manifestari, et propriis hercle verbis manifestari* ». — p. 320. « *Hinc illa penes Tipucitum nostrum* : ὁμολογία τὴν μεγίστην ἔχει τῶν ἐν ἀποδείξει ἀσφάλειαν. — *Confessio maximam habet inter probationes securitatem, ac certitudinem* ». — p. 323 : « ..., *quemadmodum notavit Tipucitus noster his verbis* : ὁ δὲ ὅρκος δύναμιν ἔχει στερεοῦν ἀρτίαν τὰ ἐξαγορευθέντα ὑπὸ τοῦ ἐλεγχομένου ἔμπροσθεν τοῦ δικάζοντος ·ἐστὶ γὰρ σφραγὶς ἀληθείας ἡ ἐν τῇ δίκῃ ἐπομοσία, καὶ κατὰ τὰς βασιλικὰς βίβλους ἀληθείας ἔχει ἰδέαν τὰ ἐπὶ ὅρκῳ λεγόμενα, ὅθεν κἀκεῖνο τοῖς νομικοῖς βέβαιον, οὐκ ἔστι πρόληψις κατὰ τοῦ εὐορκουμένου καὶ τοῦ δικάζοντος. - *Jusjurandum autem vim habet idoneam confirmandis iis, quae prodita sunt a reo fatente coram judice. Est enim sigillum veritatis jusjurandum in judicio factum, et juxta libros Basilicos locum habet veritatis id, quod dicitur sub juramento. Quare*

trouvons un aphorisme sur la difficulté des définitions. Nous lisons enfin une série d'appréciations sur la valeur de l'aveu, du serment, de la présomption et de la torture comme moyen de preuves. Il se peut qu'il les ait purement et simplement inventés pour appuyer le nom de son jurisconsulte. Ils ne présentent pas d'autre utilité. Ce ne serait pas sa seule invention. Ses fraudes littéraires qu'on a signalées ne sont plus à compter (1). Par un retournement singulier c'est lui qui accuse les autres de plagiat. Il reproche à DIPLOVATACCIUS, à JEAN LASCARIS et même à ALCIAT d'avoir emprunté beaucoup de choses à Tipucitus sans avoir indiqué la source (2), comme il est d'usage chez les Latins, ajoute-t-il.

Quant au nom même de Tipucitus, il l'a pris dans la *Notitia Basilicorum* de SUAREZ. C'est du moins ce qu'on peut conclure du raisonnement suivant. PAPADOPOLI cite encore un jurisconsulte dont l'existence n'est pas mieux prouvée que celle de Tipucitus, le jurisconsulte BAPHIUS (3). Celui-ci a été créé par

---

et illud jurisconsultis certum, est non esse praesumptionem contra jurantem et judicantem ».— p. 338. « *Sic a Tipucito* [*praesumptio*] *universim describitur*, πιθανὴ τῆς ἀληθείας προβολὴ ἐκ βεβαίων σημείων ἀναδύουσα, καὶ ἀληθείας ἰσχὺν ἔχουσα ἐν τῇ δίκῃ. — *Probabilis veritatis processus ex certis signis adveniens, et veritatis vim obtinens in judicio* » — p. 371. « *Quapropter Tipucitus noster.* Οὐ χρὴ, *ait*, τὸν δικαστὴν ἐκ μόνων λόγων, καὶ φήμης ἐπιούσης τοὺς ἐλεγχομένους ἀνάγειν εἰς βάσανον ἀλλὰ τότε γοῦν, ὅταν ἡ φήμη χειραγωγίαν ἔχει τότε γὰρ καὶ βάσανος δίκαιος πρὸς ἀπόδειξιν τοῦ ἐγκλήματος, ὥστε τὸν στρεβλούμενον ἐξειπεῖν τὴν ἀλήθειαν· ἕπεται δὲ ἐκ τούτων, χειραγωγουμένην τὴν φήμην ἱκανὴν εἶναι πρὸς τελείαν ἀπόδειξιν. — *Non oportet, judicem ex solis rumoribus, et superveniente fama reos ad tormenta deducere, sed tunc quidem cum fama adminiculum habet : tunc enim et tormentum justum est ad probationem criminis, ut tormentis coactus confiteatur, quod verum est. Sequitur ex his, famam adminiculis confirmatam idoneam esse ad perfectam probationem faciundam.* »

(1) LEGRAND, *Bibliographie Hellénique du XV^e^ et XVI^e^ s.*, tome I, p. XXXII, CVI ; tome II, p. XXIX.

(2) PAPADOPOLI, *Praenotiones*, p. 338. *Nec mirum quando doctus ille jurisconsultus* [*Alciatus*] *qui inter primos jurisprudentiam erudivit, saepe ex Tipucito multa, et acuta magis, magisque docta, suppresso nomine, ut moris jam pridem Latinis est, mutuatur.*

(3) PAPADOPOLI, *Praenotiones*, p. 372.

méprise. Dans le *Parisinus* 1350, qui contient le livre 60 des Basiliques, une scolie du titre 48 de ce livre, titre sur la *Lex Fabia*, νόμος φαβίος, écrit deux fois, par une erreur de plume, βαφίου pour φαβίου (1). Cela suffit pour que Cujas ajoute Baphius à la liste des scoliastes des Basiliques (2). Suarez le cite d'après Cujas (3). Si Suarez a déjà une autorité pour Baphius d'où Papadopoli aurait aussi pu le citer, c'est lui qui pour la première fois parle de Tipucitus. La réunion de ces deux erreurs et leur répétition dans les *Praenotiones* de Papadopoli en marquent suffisamment l'origine. Au reste Papadopoli aurait pu recueillir le nom de Tipucitus de la bouche même de Léon Allatius. Car celui-ci fut professeur au collège grec pendant que Papadopoli en était élève. Il légua à ce collège ses manuscrits et ses papiers et Papadopoli les a utilisés en d'autres occasions (4).

Tipucitus est né. Sa vie va maintenant s'affirmer et se développer. Dans sa *Bibliotheca Graeca*, Fabricius ne se sert que trop de Papadopoli. Sur son autorité il admet Tipucitus dans la série des jurisconsultes byzantins. Il le place après Harmenopule et donne une liste des citations et extraits de Papadopoli. Il infère de ces citations que Tipucitus écrivit un commentaire sur les Pandectes, sur le Code et sur les Basiliques (5).

Mais la forme définitive et pour ainsi dire scientifique de la légende fut donné par Assemanni. Dans sa *Bibliotheca Juris Orientalis*, Assemanni (6) rassemble les autorités qui ont coopéré à sa formation. Il juxtapose avec bien peu de critique le

---

(1) Heimb. *Basil.*, V, p. 826.

(2) Cujas, *Praef. ad Lib. LX Basilicorum.*

(3) Suarez, *Notit. Basil.*, § 39.

(4) Cf. Mercati, l. c., p. XXIII, n. 1.

(5) Fabricius, *Bibliotheca Graeca*, liv. 5, ch. 39, § 14 ; édit. de Harles, vol. XI, p. 721.

(6) Assemanni, *Bibliotheca Juris Orientalis canonici et civili*, Liv. II, Rome, 1762, p. 502 ss.

témoignage de Cujas sur Κειτούκειτος, la note de Suarez sur les manuscrits du Vatican, les extraits de Papadopoli et ce qu'en a tiré Fabricius. Il complète quelque peu la liste dressée par Fabricius des passages où Papadopoli cite notre Tipucitus. Et comme il connaît, lui, de première main le *Vatic.* 853, il le donne comme l'œuvre de Tipucitus. Cela est bien inexcusable, car étant bibliothécaire de la Bibliothèque Vaticane, il avait sous les yeux non seulement la notice par laquelle débute le manuscrit, mais l'explication qu'en avait donné Léon Allatius. Il place Tipucitus au X^e^ siècle. Pour lui, en effet le manuscrit du Vatican est du XI^e^ siècle et comme Tipucitus écrivit après les Basiliques de Basile, Léon et Constantin, il vécut au X^e^ siècle (1). Assemanni publia quelques parties du manuscrit.

Désormais tous les éléments de la légende sont réunis ; elle est solidement établie. Quelques années plus tard, en 1804, Pohl, dans ses notes sur Suarez de sa nouvelle édition de la *Notitia Basilicorum*, résume Assemanni sur Tipucitus (2). Grâce aux recherches d'Assemanni il rectifie les erreurs de Suarez, sur l'œuvre contenue dans les *Vat.* 852, 854, 855 et *Palat. Vat.* 8, 13, 249, la Synopsis alphabétique des Basiliques. Sous un format plus maniable il répand ainsi l'erreur. Désormais tous les ouvrages généraux d'érudition acceptent comme vérité cet assemblage de quiproquos et d'erreurs volontaires qu'ils répètent scrupuleusement. Je citerai l'*Histoire de la jurisprudence* d'Hoffmann, l'*Histoire dogmatique* d'Haubold, l'*Histoire de la Littérature Grecque* de Schoell Heimbach l'ancien, dans sa dissertation *de Basilicorum Origine*, s'y est, lui aussi, laissé tromper (3).

---

(1) Assemanni, *Bibl. jur. Or.*, II, p. 547.

(2) J. M. Suaresii, *Notitia Basilicorum recensuit et Observationibus auxit D. Christianus Fridericus Pohlius*, Lipsiae, 1804, p. 26, en note .

(3) Hoffmann, *Historia juris romani*, Lipsiae, 1718-1734, 2 vol., tome I, liv. III, § 8, (Hoffmann, connait l'invention de Papadopoli, par Fabricius et ajoute Tipucitus à la liste des jurisconsultes postérieurs aux Basiliques

Malheureusement pour lui PAPADOPOLI avait écrit autre chose que ses *Praenotiones mystagogicae*, dans ce domaine du droit byzantin, sur cette *terra incognita*, si profondément inconnue de ses contemporains où un menteur a beau jeu de mentir. Dans son histoire de l'Université de Padoue il avait inséré quantités de notices sur les Grecs ayant appartenu à l'Université comme élèves ou comme professeurs. Beaucoup de ses notices sont passées dans les encyclopédies les plus répandues (1). Il y invente, avec un aplomb stupéfiant, dit LEGRAND (2), une foule de détails imaginaires, de faits précis tels que titres d'ouvrages, dates, citations d'imprimés ou de manuscrits qui n'ont jamais existé. Déjà FACCIOLATI l'avait soupçonné de quelque divination (3). Il l'excuse en disant que le genre biographie admet beaucoup de mensonges (4). Des savants consciencieux mettent en garde contre son ouvrage et SAVIGNY le déclare très peu sûr et souvent sans aucun jugement (5). Sa réputation détestable et méritée s'établit et la suspicion s'étend à toutes ses productions.

---

et à Harmenopule). — HAUBOLD, *Instit. juris romani privati historico-dogmaticar. Lineamenta.* Lipsiae, 1826, p. 206. Cf. *Manuale Basilicorum*, p. 327. — SCHOELL, *Histoire de la Littérature Grecque*, Tome VII, 1825, p. 242 « un certain Tipucitus écrivit un commentaire sur le Code, le Digeste et les Basiliques, ouvrages inédits ». — Cf. G. E. HEIMBACH, *de Basilicor. Origine*, Lipsiae, 1825, résumant les notes antérieures de SUAREZ, HOFFMANN et POHL.

(1) Je citerai seulement : IOCHER, *Allgemeine Gelerhten-Lexikon*; SAXIUS, *Onomasticon litterarum* ; le dictionnaire de MORERI et la Bibliographie MICHAUD.

(2) LEGRAND, *Bibliographie Hellénique du XV^e et XVI^e s.*, Tome I, p. V.

(3) FACCIOLATI, *Fasti Gymnasii Patavini* ; *Pars* I, p. VII. « *ego vero ne acta quidem ipsa ejus actatis reperire potui nec a Papadopoli reperta nisi divinando fuisse arbitror* ».

(4) FACCIOLATI, l. c., *praefat.*, p. 2 : « *Papadopolus... ad professorum et alumnorum laudes scribendas, quae, fere pro talium rerum natura, vanitate redundant et fallaciis, operam suam contulisset* ».

(5) TIRABOSCHI, *Storia della Letteratura Italiana.* Modene, 1772-1782. Tom. IV ; l. 1, ch. 3, § 11. . SAVIGNY, *Gesch. des Rom. Rechts*, III, p. 275. — BOERNER, *De doctis hominibus graecis*, Lipsiae, 1850, le compare à la Pythie rendant ses oracles.

Déja PARDESSUS (1), BIENER (2), WITTE (3) et ZACHARIAE (4) déclarent inutilisables ses notices sur Tipucitus et soupçonnent fortement l'invention. C'est la revanche de l'esprit critique avant tout examen personnel. Cet examen fut fait par HEIMBACH, le jeune qui dévoila la supercherie. HEIMBACH explorait, en 1831 et en 1832, les bibliothèques de France et d'Italie pour collationner les manuscrits des Basiliques dont son frère avait entrepris l'édition. Il vit à Rome notre manuscrit Tipucitus, le copia, même d'ailleurs assez mal. Bien qu'il ne put pas déchiffrer entièrement la notice préliminaire il en comprit la signification, comme aurait dû le faire ASSEMANNI et comme l'avait fait avant lui LÉON ALLATIUS dont il invoque l'autorité. Dans ses *Anecdota*, publiés en 1835, il rétablit la vérité et détruisit définitivement la légende (5). Le jurisconsulte Tipucitus avait vécu 141 ans.

Le sort singulier qui préside aux destinées de notre manuscrit ne fut pas conjuré par cette exécution. Malgré son importance scientifique, il est encore presqu'entièrement inédit. Ce n'est pas qu'on l'ait injustement délaissé. Il a été copié deux fois. Une première fois par LÉON ALLATIUS, au XVII^e^ siècle (6), une seconde par HEIMBACH le jeune au XIX^e^ siècle. On a été justement sévère pour ces deux copies. Elles ne résolvent pas les abréviations et en les reproduisant, aggravent les difficultés paléographiques. La copie d'HEIMBACH fut en outre fort rapide et incomplète.

---

(1) PARDESSUS, *Lois Maritimes*, 1828, I, p. 158 ss.

(2) BIENER. *Geschichte der Novellen*. p. 65. not. 64. « Les recherches très soigneuses d'ASSEMANNI sur cette circonstance sont presqu'inutilisables à cause d'une grande quantité de notices très vraisemblablement inventées par NIC. COM. PAPADOPOLI.

(3) WITTE, *Ueber einige byz. Rechtscomp.* Rhein. Museum, tom. II, p. 388, n. 44 ; t. III, p. 69, n. 126.

(4) ZACHARIAE, Αἱ ῥοπαὶ, p. 65. « N. C. PAPADOPOLI... enrichit le droit byzantin d'une série de niaiseries et de mensonges ».

(5) G. E. HEIMBACH, Ἀνέκδοτα, I, p. 219. Cf.

(6) La copie d'ALLATIUS et de l'autre *scrittore*, peut être LAURENT PORTIUS (MERCATI, *Tipucitus*, p. X, n. 1) est au Vatican sous les n^os^ 1928, 1929.

Les essais d'édition qui furent faits furent aussi malheureux. ASSEMANNI publie dans sa *Bibliotheca Juris Orientalis* l'index des soixante livres et des titres. Il donne la rubrique de chaque titre et le début du sommaire (1). Il n'a pas su lire les abréviations, dit HEIMBACH l'Ancien, et il y a beaucoup de fautes (2).

PARDESSUS, dans sa Collection des Lois maritimes, emprunte à Tipucitus la partie correspondante aux titres 8 et 9 du LIII[e] livre des Basiliques, περὶ Ῥοδίου νόμου (3).

ANGELO MAI reprend l'essai d'ASSEMANNI. Il imprime à nouveau en 1833 l'index des titres avec seulement les rubriques (4). Il ajoute après l'index des *Supplementa Basilicorum*, extraits des manuscrits destinés à combler des lacunes de l'édition de FABROT aux livres 2, tit. 1, livre 6 ; liv. 16, tit 1 ; liv. 17 tit. 1 ; liv. 18 tit 8 ; liv. 19 tit. 1. Il termine ces extraits en disant : « *Reliquarum partium editio in aliud tempus differtur* ». Dans sa préface il dit qu'il interrompit cette édition à peine commencée parce qu'il était appelé *ad graviora munera*, mais qu'un autre savant achèvera judicieusement l'édition interrompue. Il désigne flatteusement HEIMBACH qui était venu, l'année précédente, copier le Tipucitus.

MORTREUIL dit que cette édition de MAI a été faite avec un soin particulier (5). Ce n'est pas l'avis de ZACHARIAE. Dans une trop vive critique il déclare au contraire qu'elle a été faite avec

---

HEIMBACH le jeune fit sa copie pendant son séjour en Italie, d'octobre 1831 à septembre 1832, où il collationna pour son frère les manuscrits des Basiliques de Florence et de Rome (HEIMBACH, *Basiliques*, t. I, avertissement au lecteur). Elle fut complété pour le livre XVIII, par HEYSE en 1834. (*Basil.*, II, p. X).

(1) ASSEMANNI, *Bibliotheca Juris Orientalis*, II, 504-547.

(2) HEIMBACH, *Basil*, II, p. VIII. « *Magnus fuit in Codice usus siglarum quae difficiles sunt ad explicandum et ab Assemanno plerumque male explicitae sunt.* »

(3) PARDESSUS, *Lois Maritimes*, I, p. 559.

(4) A. MAI, *Veterum, Scriptorum, Nova Collectio*, VII, P. III, 1-33. Romae 1833, sur ASSEMANNI : « *Summaria deinde operis vulgarit mendose Josephus Assemannus* ».

(5) MORTREUIL, *Histoire du Droit Byzantin*, III, p. 255.

une négligence ou une ignorance de l'écriture grecque tellement inexcusable que cela jette le jour le plus défavorable sur la fidélité diplomatique de tous les *inedita* grecs donnés par Mai. Ce qu'Heimbach a fait imprimer est bien meilleur, ajoute-t-il (1).

Heimbach et Zachariae étaient venus à Rome en cette année 1832 pour explorer le fonds juridique byzantin de la Bibliothèque Vaticane. Ils ne reçurent pas un accueil très libéral d'Angelo Mai qui était alors préfet de la Bibliothèque. A. Mai dans ses multiples recherches s'intéressait aux manuscrits juridiqu s grecs canoniques et civils. Il était secret et jaloux, n'indiquait jamais ses sources d'inédits et n'aimait pas qu'on vienne chasser sur ses terres. Il ne mit pas suffisamment sans doute à la disposition des deux jeunes savants allemands les trésors de sa Bibliothèque qu'il se réservait. Ils en conçurent une vive amertune qui s'exprime, quelquefois de façon un peu inattendue, au milieu de leur travaux d'érudition à allure d'habitude impersonnelle (2). Le jugement trop sévère de Zachariae en est le reflet.

La copie d'Heimbach, complétée par une copie de Heyse pour le livre 18, servit à son frère pour son édition des Basiliques. Il l'eut entre les mains après la publication du premier volume qui contient les Livres I à XII. Aussi publia-t-il en appendice au second volume les livres I à XII de Tipucitus. Cette publication est très insuffisante. Elle est de plus incomplète. Les titres sont souvent tronqués et terminés par les mots χ. τ. λ. soit qu'Heimbach n'ait pas terminé sa copie, soit que son frère n'ait pas pu l'interpréter. Cette copie est en outre une

---

(2) Zachariae, *Krit. Jahrbücher, Richter und Schneider*, 1847, p. 629.

(1) Heimbach, Ἀνέκδοτα, I, p. 187 : « *X. Codex bibliothecae Palatinae quae nunc Romae habetur N° 13 signatus... Ipsum librum, cum Romae essem, quominus intuerer, Angeli Maii invidia impedimento fuit* ». II, p. XXVIII « *X. Codex Vaticanus numero 846 signatus... Ego quominus hunc librum, dum Romae sum, inspicerem, Angeli Maii invidia, impedimento fuit* ».

source principale avec la *Synopsis Basilicorum* (1) dans la reconstitution des Livres perdus. ZACHARIAE lui reproche avec raison d'y avoir mêlé mal à propos des sources comme le Nomocanon de PHOTIUS et la Collection des Constitutions ecclésiastiques qui n'ont jamais été des Basiliques (2). Il lui reproche aussi d'avoir mélangé sans indication d'origine tous ces textes, alors que Tipucitus peut servir de guide à la restitution, mais ne donne pas dans ses sommaires le texte des Basiliques. HEIMBACH tint compte de ses observations à partir du livre 53 (3). On conçoit que ZACHARIAE, qui eu l'idée, un instant, de faire l'édition du Tipucitus ait jugé la copie d'HEIMBACH le jeune inutilisable (4). Et ce qu'en a tiré son frère n'est pas meilleur que la copie. KROLL le dernier éditeur des Novelles de JUSTINIEN dit, dans sa préface, que les premiers douze livres des *paratitla* de Tipucitus ont été édités par lui « *pessime ut solet* » (5).

Malgré ces expériences malheureuses, Tipucitus ne cessa pas d'attirer l'attention. En 1888, l'*Istituto di diritto romano* émit le vœu de commencer une publication de sources par l'édition complète de Tipucitus et en chargea le professeur BRANDILEONE (6). De son côté Tipucitus avait excité l'intérêt de C. FERRINI qui était en quelque sorte le successeur scientifique de ZACHARIAE et comme lui infatigable chercheur de l'inédit encore si nombreux dans la littérature juridique byzantine. Les deux vœux s'associèrent et FERRINI décida son ami, MGR GIOVANNI MERCATI, à collaborer à l'édition bien que celui-ci, philologue et non juriste, n'en attendit nulle délectation (7).

---

(1) HEIMBACH, *Basil*, I, p. XIII.
(2) ZACHARIAE, *Supplem. edit. Basil*, p. VII.
(3) *Basil.*, V, p. V.
(4) ZACH., *Supplem.*, p. VIII.
(5) *Corpus juris civilis*, édit. MOMMSEN, III, *Novellae*, p. IV, n. 1.
(6) BRANDILEONE, *Bulletino dell' Istituto di diritto romano*, I, 1888, p. 106. Cf. p. 169.
(7) MERCATI, *Tipucitus*, p. VII.

Tipucitus avait enfin trouvé des éditeurs dignes de lui. La mise au point du texte, la traduction latine qui devait être ajoutée se poursuivirent très rapidement, trop rapidement peut-être puisque l'impression commença aussitôt. Soixante deux pages étaient imprimées quand FERRINI mourut en 1902. Cette mort qui brisa prématurément, à quarante trois ans, une carrière de savant admirable d'activité, interrompit en même temps l'œuvre commencée. Mgr. MERCATI pour rester fidèle à la mémoire de son ami, termina la traduction du XII^e^ livre et publia les livres I à XII en 1914. De nouveau Tipucitus fut abandonné... Actuellement la reproduction photographique des cinq cents folios a été confiée par Mgr MERCATI au séminaire juridique de la Faculté de Droit de Leipzig. Qu'en sortira-t-il? Tipucitus après avoir vécu d'une vie usurpée comme jurisconsulte, arrivera-t-il à obtenir la seule vie à laquelle il ait droit, la vie d'un honnête livre imprimé, à la disposition des travailleurs?

Mars 1926.

PIERRE NOAILLES.

INTORNO A GAIO 4, 60

PAR

SILVIO PEROZZI

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BOLOGNE

INTORNO A GAIO 4, 60

Come mio contributo ai *Mélanges de droit romain* in onore dell' illustre Prof. M. Georges Cornil avevo scritto un articolo, destinato a dimostrare che non era mai esistita nel processo civile classico romano un' *intentio in factum*. La dimostrazione di questa tesi generale importava quella che Gaio, 4, 60 era un' interpolazione. Finito di comporre il breve lavoro, venni a sapere che la stessa tesi era già stata sostenuta dal Prof. Fernand De Visscher, nel fascicolo Aprile-Giugno anno 1925 della *Revue Historique de Droit*. Letto questo scritto, trovai che il mio diveniva nell' insieme superfluo. I principali argomenti sui quali mi fondavo si poteano leggere infatti nell' ampio studio del De Visscher. Ma è avvenuto anche in questo caso quello che arriva sempre quando due scrittori arrivano, ricercando ciascuno per suo conto, alla stessa conclusione, ossia che c'è non una perfetta conicidenza nella motivazione. Vi sono gli argomenti comuni, ma vi sono anche gli argomenti speciali a ciascuno. Se nel lavoro del De Visscher si trovano osservazioni in favore dell' idea dell' interpolazione del testo citato di Gaio che io non facevo, vi mancano alcune che io facevo. Queste pubblico qui, pensando che una qualche utilità la possono avere. Ma ricordo che esse non costituiscono che un supplemento di prova di ciò che il De Visscher ha già luminosamente provato. Di modo che la tesi in discorso resterebbe ad ogni modo ferma, anche se il supplemento non dovesse persuadere.

Gaio reca molti casi nei quali *quis in intentione plus complexus fuerit*, ma sono tutti di azioni *in ius*: vedasi 4, 53*a*,

che fa un caso di rivendicazione ; 4, 53*b* ; 4, 53*c* ; 4, 53*d*, che fanno casi di stipulazione.

E di azioni *in ius* egli parla dove espone ipotesi, nelle quali vien meno la *plus petitio*.

4, 54, *sed quidquid paret adversarium dare facere oportere intendatur... quantam partem in eo fundo, quo de agitur, actoris esse.*

4, 55, *veluti si is, qui hominem Stichum petere deberet, Erotem petierit, aut si quis ex testamento dari sibi oportere intenderit, cui ex stipulatu debebatur, aut si cognitor aut procurator intenderit sibi dari oportere.*

La *plus petitio* colle relative conseguenze era adunque un fatto che non poteva prodursi che in relazione alle azioni *in ius* e non rispetto a quelle *in factum*. E quindi l'asserzione in 4, 60 che, designando nella formula *in factum depositi* più cose delle designate, si perda per *plus petitio* la lite non può appartenere a Gaio.

È evidente che per lo scrittore di 4, 60 esiste un *demonstratorius modus* come pure che il *demonstratorius modus* è costituito dall' uso di *quod* al principio della formula in antitesi all' uso di *si paret*, colla qual frase comincerebbe l'*intentio* (1). Ma Gaio non ne sa nulla di un *demonstratorius modus*. Per lui la *demonstratio* esiste sempre quando al principio (2) della formula si *demonstrat* la cosa *de qua agitur*. È vero che in 4, 40 dà per esempi di *demonstratio* due parti di formula che cominciano con *quod* : *quod A. A. vendidit ; quod A. A. deposuit*. Ma non accenna menomamente alla necessità per avere la *demonstratio* che la formula cominci con *quod*. E riesce veramente difficile provare che si abbia una *demonstratio*, dove il fatto giuridico invocato dall' attore è esposto cominciando con *quod* e non si abbia dove è esposto comin-

(1) La necessità del *quod* per aversi una *demonstratio* è ancora affermata da Arangio-Ruiz, *Le formule con demonstratio*, p. 4.

(2) Per noi è indifferente che si legga in 4, 40 *principio* o *praecipue*.

ciando con *si paret* (1). Che del resto la *demonstratio* esista anche quando la formula comincia a narrare il fatto con *si paret* risulta dalla fine del § 59. Quando infatti leggiamo: *idem et in aliis actionibus est, velut commodati et depositi*, senza che si faccia alcuna distinzione fra formule *in factum* e *in ius*, dobbiamo di necessità dire che la *falsa demonstratio* di cui si parla immediatamente prima poteva aver luogo sia dove la formula cominciava con *quod* (azione *in ius*) sia dove cominciava con *si paret* (azione *in factum*) e cioè che in entrambi i modi si poteva avere una *demonstratio*. Anche il principio del § 60 conduce alla stessa conclusione. Quei giuristi infatti i quali dicevano: *in actione depositi et denique in ceteris omnibus, ex quibus damnatus unusquisque ignominia notatur, eum, qui plus quam oporteret demonstraverit, litem perdere*, non aveano neppur essi alcuna idea dell' esistenza di un *demonstratorius modus*. La *demonstratio* v' avea evidentemente per loro fosse l'*a. depositi in ius* o *in factum*, cominciasse cioè con *quod* o con *si paret*. Tanto infatti nell' una che nell'altra la condanna produceva l'ignominia(2), e quindi l'ipotesi di perdita della lite per avere dimostrato falsamente avea luogo così nell' una che nell' altra. Anche questo principio del § 60 non è di Gaio, ma di chi interpolò pure il resto del §. Ma la relazione dell' interpolatore sembra qui esatta. Ed essa sta contro l'esistenza del *demonstratorius modus* in discorso (3).

---

(1) Quanto al senso di *quod* accetto quello indicato da Koschaker, *ZSS.*, 34, p. 339.

(2) V. Rotondi, *Scritti* II, p. 34. Secondo questo scrittore i *quidam* non avebbero conosciuto che l'azione *depositi in factum*; v. quanto dice nell' l'*op. cit.*, II, p. 32. Io non credo a questa asserzione, ma se fosse vera, tanto più risulterebbe che per i *quidam* v' avea *demonstratio* anche dove la formula cominciava con *si paret*, perchè così comincia la formula *in factum*.

(3) De Visscher, *op. cit.*, p. 207, contesta che per i *quidam* si avesse nei casi fatti nel principio del § 60 una *demonstratio*. Mi sembra però che le sue sottili argomentazioni non bastino a dimostrare quanto assevera. Certo è poi che l'interpolatore riferì *plus quam oporteret demonstraverit* alla *pars formulae* come risulta dal nesso della sua trattazione con 4, 58.

Indizio d'interpolazione è anche la ripetizione della diversa concezione delle azioni *depositi in ius* ed *in factum*. Questa concezione è stata già esposta prima da GAIO in 4, 47 compiutamente. Fosse lui a continuare a scrivere in 4, 60, non dovremmo quindi trovare ripetute le parole delle formule. La proposizione : *his verbis quidquid ob eam rem illum illi dare facere oportet ;* come pure l'altra : *his verbis, si paret illum apud illum rem illam deposuisse* dovrebbero mancare. Questa ripetizione sta bene invece da parte dell' interpolatore. Solo questi dovea ritenere opportuno richiamare ciò che disse l'autore che dovea interpolare. Ma siccome intende richiamarlo, ecco verificarsi il fatto rilevato dal DE VISSCHER (1), ossia che GAIO fa ciò che non fa mai ; dà cioè le formule in sunto e sostituisce ai nomi A.A.: N.N. e all' indicazione della cosa di cui si tratta *(mensa argentea) ille* e *illa res.*

Dobbiamo infine soffermarci sulla frase *initio intentionis* che offre un altro decisivo argumento per l'interpolazione. Alla proposizione : *et in ea quidem formula quae in ius concepta est, initio res, de qua agitur, demonstratorio modo designetur* dovrebbe corrispondere per antitesi quest'altra proposizione : *in ea vero, quae in factum concepta est, initio alio modo res, de qua agitur, designetur.* Dovremmo adunque avere *initio* semplicemente là e qua : e *initio* che si riferisse alla formula là dovrebbe riferirsi pure alla formula qua. Non cosi è invece concepito il nostro testo. Là abbiamo *initio ;* e qua abbiamo *statim initio ;* là l'*initium* è l'inizio della formula : qua diventa l'*initium intentionis.* Che vuol dire *initium intentionis*?

Se prendiamo *intentio* per *intentio in factum,* allora *initium intentionis* indicherebbe la prima parte dell' *intentio,* quella cioè costituita dalle parole *si paret illum apud illum rem illam deposuisse,* mentre l'altra parte sarebbe costituita dalle altre parole : *eamque dolo malo Numerii Negidii Aulo Agerio reddítam non esse.* Quelle e queste costituiscono infatti tutta

(1) P. 216.

l'ipotesi di fatto su cui si fonda la pretesa. GAIO però non sottilizzerebbe un pò troppo distinguendo così entro alla formula la parte (l'*initium*) di una parte (l'*intentio*)? Non volendo attribuirgli questa sottigliezza, che effettivamente non gli si può attribuire, allora non resta che intendere *initio intentionis* al modo stesso, in cui s'intende *initio* nella proposizione precedente : *et in ea quidem formula, quae in ius concepta est, initio*, etc. Non resta cioè che riferire l'*initium* alla formula e intendere *intentionis* per *actionis*. Questa equivalenza di *intentio* e di *actio* fu ora fatta ; ma non nell' èra classica. Caduta la procedura formulare, *intentio* cessò di avere nella procedura il significato limitato tecnico a tutti noto e assunse un significato piuttosto vago. Tra i significati è anche quello di *actio*. Basterà che citi.

Cod. Th. 2, 15, 1 (a. 319) ; *Nec tamen adsistere, si velit, quisquam prohibeatur examini, contra quem decernenda intentio huiusmodi fuerit expedita.*

L'*intentio*, di cui qui si parla, non è altro che l'*actio doli*. *Cod. Th.* 2, 26, 4 (a. 385) : *Quinque pedum praescriptione summota finalis iurgii vel locorum libera peragatur intentio.*

L'*intentio* è anche qui l'azione relativa alle controversie *de fine* e *de loco*.

Siamo adunque condotti, se intendiamo *initium intentionis* per *initium actionis*, ad attribuire la frase in discorso ad un interpolatore postclassico.

D'altra parte però, intendendo in *initium intentionis* il termine *intentio* per *actio*, ci troviamo male colle parole *quia in intentione plus posuisse videtur*, nelle quali *intentio* sembra usata nel suo senso tecnico classico, sia perciò che le parole stesse paiono scritte in relazione a GAIO, 4, 53 : *si quis in intentione plus complexus fuerit*, sia perciò che lo scrittore designa esattamente dal punto di vista classico come *intentio* le parole *quidquid ob eam rem*, etc.

Onde la conclusione complessiva si è che ci troviamo con *initium intentionis* innanzi ad un rompicapo. L'autore del quale

non può essere GAIO, sempre chiaro e preciso, ma un maestro confusionario nelle parole e nelle idee.

Altro è da notare. Nella formula *in ius* la *res de qua agitur* è il mero deposito. *Quod A.A. apud N.N. mensam argenteam deposuit qua de re agitur*, dice la formula riferita da GAIO 4, 47. Ma nella formula *in factum* manca la frase *qua de re agitur*. E se vogliamo trovare noi quale sia la cosa di cui si tratta, dobbiamo dire che è non il solo fatto del deposito, menzionato nella formula, ma anche l'altro della mancata restituzione della cosa *dolo malo* del convenuto. Attribuendo quindi a GAIO l'affermazione che nella formula *in factum initio intentionis* (in qualunque modo s'intenda la frase) la *res de qua agitur* è designata colle parole: *si paret illum apud illum rem illam deposuisse*, gli si attribuisce un manifesto errore. Con quelle parole infatti la cosa di cui si tratta non è designata che in parte (1).

Un' altra stranezza merita di essere rilevata. Si metta a confronto la frase *deinde inferatur iuris intentio* colle altre frasi *statim initio intentionis, quia in intentione plus complexus fuerit* e il lettore doovà venire alla conclusione che per lo scrittore *intentio* senz' altra aggiunta è l'*intentio in factum*; perciò diviene necessario aggiungere *iuris* o *in ius* ad *intentio* onde questa sia intesa per *intentio in ius*. Questa conclusione inevitabile è però in evidente diretto contrasto sia colla definizione di *intentio* data da GAIO, sia con tutta la massa dei testi (2) da cui risulta che *intentio* puramente e semplicemente per GAIO vale *intentio in ius*.

---

(1) Contro quanto scrive il DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 212, n. 1, non troverei che l'interpolatore usi *res de qua agitur* in relazione alla formula *in factum* nel senso di « cosa deposta ». Usa invece codesta frase nel senso stesso in cui la usa per la formula *in ius*, ossia nel senso consueto di «affare di cui si tratta»: Tanto è vero che in ogni caso di azione di deposito *in factum* per lui c'è sempre una sola cosa designata (*res... designetur*) e non mai una o più a seconda del numero delle cose deposte.

(2) Citazioni presso DE VISSCHER, *op. cit.*, p. 201.

Facciamoci ora a considerare il valore logico di tutto il § 4, 60.

In 4, 58, GAIO ci fa sapere che mettere più o meno *in demonstratione* non nuoce ; *et hoc est quod dicitur falsa demonstratione rem non perimi*. Questo lo assevera in modo da dare a divedere che nessun dubbio gli passa in proposito per la mente. Ma ecco che al § 60 GAIO improvvisamente ci dice che egli ha trovato che vi sono di quelli che non ammettono ciò, in quanto ritengono che una *falsa demonstratio* per più fa perdere la lite nel caso di *actio depositi*, *iniuriarum* e in genere in tutte le azioni in cui il condamnato *ignominia notatur*.

Quel *sed nos apud quosdam scriptum invenimus* andrebbe ora benissimo, se GAIO avesse detto prima che *plerisque placet* o *plerique putant falsa demonstratione rem non perimi*. Ma, come ho or ora notato, egli non ha presentato questo principio come un' opinione prevalente ; lo ha presentato come un principio certo. E allora è chiaro che chi scrive *sed nos* non è lui GAIO, ma è un suo critico, il quale lo combatte anzi tutto su questo punto che sia opinione universale *falsa demonstratione rem non perimi*. Non è opinione universale egli dice. Ci sono infatti alcuni, per i quali in certe azioni la *falsa demonstratio* in più fa perdere la lite.

Il testo prosegue : *quod an debeamus credere verius esse, diligentius requiremus*. Quando mai GAIO in tutto il suo trattato prende di queste pose di giudice superiore che si accinge ad esaminare opinioni altrui e specialmente quando mai fa di queste promesse di particolare diligenza ? Non è chiaro che qui parla un maestrucolo che vuol far cadere dall'alto la sua sentenza?

Ma il piu ameno viene poi. I *quidam* affermavano che chi *plus quam oporteret demonstraverit* perdeva la lite nell' *actio depositi* e in tutte le altre azioni famose e davano un esempio di *demonstratio* eccessiva per quella; davano un altro esempio simile per queste, prendendone come tipo una : l'*actio iniuriarum*.

Posto questo, la ricerca diligente promessa da chi scrive avvebbe dovuto portarsi sull' *actio depositi* e sull' *actio iniuriarum* almeno, se non anche su qualche altra azione famosa. Si porta invece sulla sola *actio depositi*. Delle altre azioni famose *ne verbum quidem*. Perchè? Perchè lo scrivente ricordava le due formule dell' *actio depositi* date prima da Gaio e queste gli offrivano l'opportunità di conciliare Gaio 4, 58 : *falsa demonstratione rem non perimi* coll' opinione dei *quidam* circa l'azione di deposito, invocando il *demonstratorius modus* che c'è nell' una e non c'è nell' altra. Circa tutte le altre azioni famose egli tace, perchè circa a queste non sa e non può dir nulla. In realtà per tutte le altre azioni famose non esistono due azioni una *in factum* e l'altra *in ius*. Inoltre se c'è il preteso *demonstratorius modus* nell' *actio pro socio*, nell'*actio tutelae*, *mandati*, nell' *actio iniuriarum*, non c'è nell'*actio fiduciae*, nelle azioni *furti manifesti* e *nec manifesti*, nell'*actio vi bonorum raptorum*. Le formule relative cominciavano tutte infatti con ogni probabilità con *si paret*. Col solo richiamo all' *actio depositi* lo scrivente non ha adunque trovato menomamente la via di conciliare la massima Gaiana *falsa demonstratione rem non perimi* coi *quidam*. La ricerca particolarmente diligente *(diligentius)* che ci promette si riduce a passare egli sotto silenzio, onde il lettore se ne scordi, tutte le altre azioni famose in blocco, per non sventolare che l' azione di deposito. Nè è a credere che delle altre azioni accennate parlasse in seguito nella parte illeggibile del manoscritto veronese p. 210, per dire che fra queste altre pure va distinto secondo che sono concepite col *quod* o col *si paret*. Basta leggere infatti le parole *certe cum duae sint depositi formulae* etc., per convincersi che effettivamente lo scrittore non parlava che delle formule *depositi* e delle altre taceva.

Mi si conceda un altro rilievo. Se i Romani conoscevano il *demonstratorius modus*, allora siccome i *quidam* ammettono che ha luogo *plus petitio* nelle azioni famose, in cui c'è la *demonstratio* (tre volte torna nel principio del § 60 il termine

demostrare) e quindi solo, tra le due azioni di deposito, nell' *actio in ius*, non era luogo a tante diligenti ricerche; non era luogo in particolare a discorrere dell' *actio in factum depositi* a cui, mancando in essa la *demonstratio*, i *quidam* non poteano riferirsi, e bastava dire che i *quidam* aveano torto, perchè nella formula *in ius* la *plus petitio* non fa perdere la lite. Bastava insomma la semplice correzione di un dato di fatto.

Perchè le diligenti ricerche e la distinzione tra le azioni *depositi* abbiano una qualche giustificazione, bisogna supporre che secondo lo scrittore i *quidam* trattassero alla pari l'azione *in ius* e quella in *factum*, che nell' una e nell' altra ammettessero presente la *demonstratio* e nell' una nell' altra ritenessero possibile la *plus petitio* con la conseguenza della perdita della lite. Lo scrittore interviene a correggerli distinguendo fra le azioni, ricordando che la *res de qua agitur* è ricordata solo nell' *azione in ius* per via di *demonstratio*: mentre in quella *in factum* è ricordata nell' *intentio* e che quindi vi può essere *plus petitio* in questa e non in quella.

È facile ora osservare: se così è, vuol dire che i *quidam* ignoravano il *demonstratorius modus*, che per essi v' avea *demonstratio* sia dove si cominciava ad indicare la *res de qua agitur* col *quod* che col *si paret*. E allora come avviene che Gaio dà il *demonstratorius modus* come una quantità nota, tanto da poter limitarsi a dire *res... demonstratorio modo designetur*, senza dire verbo sul quando esso sussiste, senza dirlo qui e senza averlo mai detto altrove? Anzi essendosi espresso prima (4, 39) in modo da dover ritenere che tanto valga il *quod*, quanto il *si paret*, perchè nei due casi si ha una parte della formula *quae principio ideo inseritur, ut demonstretur res, de qua agitur*?

Si arriva così per via di logica là dove si arriva considerando quanto raramente e quanto tardi compare nella lingua latina il termine *demonstratorius* (1), si arriva cioè a dover dire che il *demonstratorius modus* è una prelibata invenzione del nostro

(1) De Visscher, *op. cit.*, p. 214.

critico interpolatore, il quale sa ciò che nessun romano sapeva. Con la prelibata invenzione egli crede di salvare l'asserzione di Gaio: *falsa demonstratione rem non perimi*, dando ragione ai *quidam* per l'azione *depositi in factum*; dando loro torto per l'azione *in ius*. L'invenzione del *demonstratorius modus* gli serve in altra maniera. Una ragione al mondo perchè deva produrre *plus petitio* una designazione eccessiva della *res de qua agitur*, se fatta coll' uso del *si paret* e non deva produrla se fatta coll' uso di *quod*, nessuno saprà mai vederla. E non la vedeva neanche il nostro interpolatore. Ma inventato il *demonstratorius modus*, il *si paret* non era piu una *demonstratio*. Allora che cosa potea diventare se non un'*intentio* o un *initium intentionis*? Ed ecco trovato perchè la designazione eccessiva nell' *actio in factum* produce la perdita della lite. Il perchè è nella sentenza Gaiana 4, 53: *si quis intentione plus conplexus fuerit causa cadit, id est rem perdit*. Che la proposizione *si paret illum apud illum rem illam deposuisse* dovesse essere per Gaio tanto un' *intentio* quanto egli era un barbaro è cosa che non occorre dimostrare.

Non è difficile rendersi ragione dell' opinione dei *quidam*. Questi vogliono la perdita della lite, dove vi sia una *demonstratio* eccessiva, in tutte le azioni *ex quibus damnatus unusquisque ignominia notatur*. Vogliono questo, perchè è evitata così la condanna e l'ignominia del reo, mentre d'altra parte l'attore è giustamente punito colla perdita della lite, come colui che tentò di aggravare la posizione del convenuto. Perchè l'ignominia seguiva nell' *actio depositi* tanto la condanna nell'*actio in factum* che in quella *in ius*, così era necessario che non distinguessero fra le due azioni e che per essi vi fosse una *demonstratio* eccessiva sia nel caso che fossero indicate più cose delle depositate col *quod* della formula *in ius* o col *si paret* della formula *in factum*. Il nostro interpolatore non intese adunque male i *quidam*, quando, come pare, egli riferì la loro opinione *rem perimi* ad entrambe le azioni. Il suo errore cominciò, quando li volle correggere.

Silvio Perozzi.

NOUVEL ESSAI D'INTERPRÉTATION DU § 283 DES FRAGMENTS DU VATICAN

PAR

EUGÈNE PETIT

PROFESSEUR HONORAIRE A LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ DE POITIERS

NOUVEL ESSAI D'INTERPRÉTATION DU § 283 DES FRAGMENTS DU VATICAN

Le § 283 des fragments du Vatican présente des difficultés d'interprétation qui, depuis longtemps, ont mis à l'épreuve la sagacité des romanistes. Nous n'avons pas ici la prétention de les résoudre. Nous voulons seulement essayer à notre tour de donner une explication de ce texte. Et d'abord il nous paraît nécessaire de rappeler brièvement la question à laquelle il se rattache.

Parmi les clauses qui peuvent être jointes à une transmission de propriété, il en est une qui offre un intérêt particulier : c'est quand on est convenu qu'à une certaine date, ou à la réalisation d'une condition, la propriété reviendra à l'aliénateur. Quel en est l'effet ? Il y a deux solutions.

L'une consiste à admettre qu'à l'échéance la propriété fait de plein droit retour à l'aliénateur, qui est armé de la revendication. Ce système est avantageux pour lui, mais non pour les tiers auxquels l'acquéreur a consenti des droits réels : car ces droits sont éteints. On a coutume d'employer, pour exprimer ce résultat, une formule, qui prête sans doute à la critique, mais qui est suffisamment claire. On dit que la propriété a été transmise pour un temps, *ad tempus*. C'est la solution du droit de JUSTINIEN ; c'est aussi celle de notre droit moderne, où l'intérêt des tiers est sauvegardé par la publicité des aliénations.

D'après l'autre solution, à l'échéance ou à la réalisation de la condition, la propriété ne revient pas de plein droit à l'aliénateur. Pour qu'il la recouvre, il faut qu'elle lui soit retransférée par un des modes usités, et il n'a contre l'acquéreur

qu'une action personnelle pour l'y contraindre. Les droits réels que l'acquéreur a constitués au profit des tiers sont maintenus et il peut dire qu'il a été, pour un temps, vraiment propriétaire. Ce système, moins bon pour l'aliénateur, est celui du droit classique romain. Il est consacré par les textes aussi bien pour les donations que pour les aliénations à titre onéreux. On le justifie d'ordinaire par la perpétuité du droit de propriété qui ne saurait être transféré pour une durée limitée. Il trouve aussi, à notre avis, sa raison d'être dans le principe du droit romain qui n'admet pas que la simple volonté suffise pour transférer la propriété. Donc, bien qu'il ait été convenu que l'aliénation n'était faite que pour un temps, la propriété ne revient pas de plein droit à l'aliénateur ; mais la cause de l'acquisition se trouve révoquée, et l'acquéreur est tenu de retransférer la propriété.

Quoi qu'il en soit, la solution est certaine. Dans le sens que nous avons donné à ces expressions, la propriété ne peut être transférée *ad tempus*, en droit classique. Mais ce qui est également certain, c'est que l'aliénation ainsi faite est valable et que la propriété passe à l'acquéreur jusqu'au jour où il est obligé de la retransférer. Notre § 283 Fr. Vat. est le seul texte authentique qui formule le principe *ad tempus proprietas transferri nequit*, et, chose étonnante, c'est pour en tirer, du moins en apparence, une conclusion contraire à tous les textes qui se rapportent à cette question, à savoir : la nullité de l'aliénation faite pour un temps.

C'est pourquoi, sur la portée de ce texte, les auteurs se sont divisés. Les uns en maintiennent l'application au principe d'après lequel la propriété ne peut, en droit classique, être transférée *ad tempus*. Mais ils ont de la peine, quand ils l'essaient, à justifier la nullité de l'aliénation. C'est l'opinion de Pellat et de Bufnoir (1). D'autres, plus nombreux, déclarent

(1) Pellat, *De la propriété*, 2e éd. 1853, p. 284 ; Bufnoir, *Théorie de la condition*, 1867, p. 145 et s.

le § 283 étranger à la question et cherchent à en donner une autre explication, sur laquelle d'ailleurs ils sont loin de s'entendre. C'est ainsi que procèdent MM. APPLETON, PERNICE, notre savant collègue M. MICHON et M. SENN (1). Nous sommes de l'avis des premiers ; mais nous pensons que le § 283, tout en se rapportant à la translation de la propriété *ad tempus*, peut être interprété de façon à en concilier la solution avec les principes. C'est l'objet de la présente étude. Nous nous abstiendrons de critiquer les explications qui ont été proposées : œuvre stérile et d'ailleurs déjà faite. Nous nous bornerons à en offrir une nouvelle.

Après avoir précisé les difficultés que présente le texte du § 283, nous en donnerons l'explication ; nous exposerons les arguments que les termes mêmes du rescrit fournissent en notre faveur, et nous terminerons en résumant les conséquences de notre interprétation.

I.

Voici le texte du § 283 Fr. Vat., d'après l'édition de MOMMSEN. Le manuscrit porte *ad te*, leçon défendue surtout par M. APPLETON (2). Mais la correction *ad tempus* est généralement admise, comme imposée par la l. 2, C., 8, 54 (55).

Dioclet. et Maxim. Aurelio Carrenoni *(corr. AA. et CC. Zenoni)*. — *Si (prædiorum) stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad te(mpus) proprietas transferri nequiverit. Si vero usum fructum in eam, contra quam supplicas, contulisti, usum fructum a proprietate alienare non potuisti.* Proposita V id. Mart. Maximo et Aquilino conss. (286).

---

(1) Ch. APPLETON, *De la propriété prétorienne*, 1889, II, p. 182 et s. ; PERNICE, *Labeo*, III, 1, p. 92 à 94 ; L. MICHON, *N. Revue Hist.*, 1911, p. 536 à 554 ; F. SENN, *Mélanges Girard*, t. II, p. 283 et s.

(2) Ch. APPLETON, *op. cit.*, p. 182 et s.

Ce rescrit de DIOCLÉTIEN fait naître trois difficultés :

1. D'abord il est certain que ZÉNON sollicite le rescrit à propos d'une donation qu'il a faite à une femme *(in eam contra quam supplicas)*. Dès lors, comment comprendre que, dans la première partie, la donation paraisse faite à un homme *(ejus qui accepit)* ?

2. Il est plus difficile encore de concevoir que la donation soit déclarée nulle *(inrita)*, comme contenant une clause de transfert de propriété *ad tempus*. Tous les textes montrent qu'en pareil cas l'aliénation est valable, mais que la propriété est transmise sans restriction au point de vue de la durée et qu'elle ne revient pas de plein droit au donateur à la mort du donataire. C'est ce qui a lieu dans les donations *mortis causa*, dont nul ne pourrait songer à contester la validité. PAPINIEN admet comme parfaitement valable une donation faite avec la même clause que celle de notre texte, dans la L. 42, pr., D., *de mort. c. donat.*, 39, 6. Dès lors, comment DIOCLÉTIEN peut-il la déclarer nulle ?

3. Enfin la dernière partie du rescrit n'est pas la moins embarrassante. N'est-il pas étrange que Zénon ne puisse séparer l'usufruit de la propriété et en faire une donation valable ? D'ailleurs, cette fin du rescrit semble mal se rattacher au reste et les explications proposées sont en général compliquées et peu satisfaisantes.

N'est-il donc pas possible de trouver une interprétation qui fasse disparaître à la fois les trois difficultés, qui rende le rescrit clair, conforme aux principes et lui laisse une complète unité ? C'est ce que nous allons essayer.

II.

Contrairement à l'opinion commune, qui ne voit dans le texte qu'une seule donation, nous y trouvons *deux donations successives*. La première, faite à un homme que nous appellerons Titius avec la clause qu'à la mort du donataire les biens

donnés reviendront au donateur : cette donation est valable. La deuxième, faite à une femme que nous appellerons Seia : c'est cette donation qui est nulle, *inrita*.

Sur cette base, nous rétablissons ainsi les faits qui ont provoqué le rescrit.

Zénon a donné à Titius des fonds stipendiaires, avec clause qu'à la mort du donataire les fonds lui feraient retour. Titius est mort. Zénon, qui s'est remis en possession des fonds, en a fait une seconde donation à Seia et les lui a livrés. Puis, pour des raisons qui ne nous sont pas connues, il regrette d'avoir fait cette donation et consulte l'empereur pour savoir s'il ne pourrait pas la faire annuler. Dioclétien, par un rescrit, lui donne satisfaction. Il déclare que la donation est inefficace et, pour ne laisser aucun doute, il prévoit deux hypothèses et décide que Seia ne peut prétendre ni à la propriété, ni à l'usufruit des biens donnés. Reprenons ces deux parties du rescrit.

1. Si Zénon a donné à Seia la pleine propriété des fonds, la donation est nulle. Pourquoi? C'est que la propriété des fonds n'a pu revenir de plein droit à Zénon, quand Titius est mort *(cum ad tempus proprietas transferri nequiverit)*. Il eût fallu que Zénon en eût obtenu tradition des héritiers de Titius, ce que vraisemblablement il n'a pas fait. Il n'est donc pas redevenu propriétaire et n'a pu faire à Seia une *dono datio* valable. Il n'a pu lui transférer une propriété qu'il n'avait pas recouvrée. La *datio* est vaine, inefficace. La donation est *inrita*.

2. Zénon n'a pu céder valablement à Seia l'usufruit des mêmes fonds. Ce cas devait être examiné. En effet, Seia pourrait dire que, si la donation est nulle quant à la propriété des fonds, elle est valable pour l'usufruit, et voici ce qu'elle allèguerait à l'appui de sa prétention. Tandis que la propriété est perpétuelle, l'usufruit est essentiellement temporaire et viager. Donc, à la mort de Titius, il a dû faire retour de plein droit à Zénon, qui a pu valablement le constituer *(contulisti)* au profit de Seia. Mais le rescrit fait justice de ce raisonnement.

Notons qu'il n'y a pas à rechercher comment Zénon a constitué l'usufruit : si la tradition faite en exécution de la donation a suffi pour l'établir, ou s'il eût fallu des pactes et des stipulations. Là n'est pas la question. Il s'agit de savoir si Zénon avait le droit de le faire. Or, il ne l'avait pas. En effet, il n'a pu séparer l'usufruit de la propriété. On ne saurait ici décomposer la propriété en nue propriété et en usufruit, pour traiter différemment chaque partie. Les fonds sont régis tout entiers par la même règle. Donc Zénon n'a pu aliéner séparément l'usufruit *(a proprietate usum fructum alienare non potuisti)*. La donation est nulle encore à ce point de vue. Qu'on n'objecte pas que la particule *vero*, qui relie la seconde partie du rescrit à la première, implique des solutions différentes. Ce mot se réfère non à une différence de solution, mais à une différence d'objet dans la donation.

Ainsi le rescrit devient simple et clair. Rien n'y est plus contraire aux principes. Les deux parties se relient intimement pour former les éléments d'une même solution. Il nous reste à voir si les termes du rescrit nous fournissent un appui.

III.

La base de notre interprétation, c'est l'existence de *deux donations successives*. Or, il est facile de constater que le texte y est absolument favorable, tant dans l'ensemble que dans les détails.

D'abord, n'est-ce pas la seule façon d'expliquer comment il s'agit d'*un* donataire dans la première partie et d'*une* donataire dans la seconde? Là où il y a deux donataires, n'est-il pas naturel de supposer deux donations? Autrement, il faut admettre, comme on l'a fait quelquefois, une erreur du copiste : ce qui est un procédé trop commode.

La nullité de la donation devient, d'autre part, conforme aux principes. En effet, il ne s'agit plus d'une libéralité qui serait nulle comme faite avec clause de transfert de propriété

ad tempus, mais bien par la raison que la propriété, transmise avec cette clause lors de la première donation, n'a pu faire retour de plein droit au donateur et que, par suite, il n'a pu valablement, ne l'ayant plus, la transférer à la donataire.

Deux mots, dans le rescrit, viennent encore nous fournir argument. Ce sont les mots *nequiverit* et *inrita*.

Nequiverit, au passé, se réfère évidemment à une autre donation qu'à celle qui est déclarée *inrita*. S'il en était autrement, l'empereur eût dit *nequeat*, comme il dit *inrita est*. En disant *nequiverit*, il montre que, si la donation actuelle est nulle, c'est que la propriété *n'a pu* être transférée *ad tempus* dans le passé, à savoir lors de la première donation.

Inrita achève la démonstration. Si la donation était nulle comme faite avec translation de propriété *ad tempus*, DIOCLÉTIEN eût dit vraisemblablement *nulla est* et non *inrita est*. *Nulla*, c'est la nullité qui résulte de la violation d'un principe ; *inrita*, c'est celle qui résulte de l'impuissance chez le donateur à transférer une propriété qu'il n'a pas recouvrée : il a essayé en vain, son acte est *inritum*.

Ainsi tout concourt à fortifier notre explication. Non seulement elle résout à la fois les trois difficultés du texte, mais ces difficultés mêmes deviennent autant d'arguments en sa faveur.

IV.

Après cet exposé, la conclusion est facile : c'est que le § 283 est bien relatif à un transfert de propriété *ad tempus* et en formule le principe. Cette formule n'a rien de surprenant. Elle est familière aux jurisconsultes romains, quand ils parlent de la perpétuité des droits civils. PAPINIEN dit à propos des servitudes prédiales : *servitutes neque ad tempus.... neque ad certam conditionem constitui possunt...* (L. 4, pr., D., 8, 1). PAUL dit, en parlant des obligations : *Placet ad tempus obligationem constitui non posse* (L. 44, § 1, D., 44, 7). Si, pour la

propriété, on ne la trouve que dans notre texte, c'est que, sous JUSTINIEN, elle n'est plus exacte, et que les rédacteurs du *Digeste* ont dû la faire disparaître partout où ils la rencontraient.

Pour établir du reste que tel est bien l'objet du § 283, s'il fallait un dernier argument, on le trouverait dans la loi 2, C., 8, 54 (55). Malgré des différences de détail, l'identité des deux textes a été suffisamment établie pour que nous la considérions comme certaine (1). Mais celui du Code a subi des modifications nécessaires pour en mettre la solution en harmonie avec le droit de l'époque. Voici le texte de cette constitution.

Impp. Dioclet. et Maxim. AA. et CC. Zenoni. — *Si rerum tuarum proprietatem dono dedisti, ita ut post mortem ejus qui accepit ad te rediret, donatio valet : cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet, quæ ei imposita est, conservanda.* — PP. V id. Martiis, Maximo et Aquilino conss. (286).

On voit que les rédacteurs du Code ont changé simplement la décision de l'empereur dans la première partie du rescrit ; sans se préoccuper de la deuxième partie, qu'ils ont jugé inutile de reproduire ; sans rechercher s'il y a deux donations et laquelle est nulle. Tout cela leur importait peu. Une seule chose attirait justement leur attention. C'est le mot *inrita*, qu'ils ont remplacé par *valet* : car la propriété pouvait être désormais transférée *ad tempus*. Aussi ont-ils immédiatement expliqué pourquoi la donation est valable : *cum ad tempus certum vel incertum ea fieri potest ;* et, pour qu'il n'y ait aucun doute, ils insistent en notant la validité de la clause : *lege quæ ei imposita est conservanda.*

Ainsi se trouve confirmé une fois de plus, par le changement

(1) Ch. APPLETON, *op. cit.*, p. 178, 179, n. 31 ; P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 7e édit., p. 349, n. 1.

même que les rédacteurs du Code de JUSTINIEN lui ont fait subir, le rôle du § 283 Fr. Vat., et ce modeste essai n'a pour but que de contribuer à lui rendre, dans la théorie de la propriété, la place qu'on s'est souvent efforcé de lui enlever.

EUGÈNE PETIT.

LE FILS DE FAMILLE TUTEUR

PAR

ALB. PHILIPPIN

DOCTEUR EN DROIT (UNIVERSITÉ DE LIÉGE)

LE FILS DE FAMILLE TUTEUR

Textes : Dig. XXVII, 1, 5. — Vat. fragm., 190.
Dig. XXVI, 7, 21.
Code de Justinien, IV, 26, 1.
Dig. XXVII, 8, 1, 17.
Dig. XXVII, 3, 4, § 1 ; h. t., § 6 ; h. t., § 11 ; h. t., § 12.
Institutes de Justinien, I. 14, pr.

Dans la *Rivista Italiana per le scienze giuridiche*, tome LIV, p. 273 et suiv., M. Solazzi a donné la liste des textes qui traitent du fils de famille tuteur. Cette indication est précieuse, mais il peut être utile de préciser la portée de ces textes et de voir comment se présente, en pratique, l'administration de la tutelle par un fils de famille. En cela nous répondons à l'appel de M. Solazzi lui-même.

Ce modeste essai, est notre première œuvre en droit romain ; et c'est comme telle que nous nous permettons de la dédier à notre éminent compatriote Mr Cornil, qui voudra bien y voir un témoignage de respectueuse admiration.

Qu'un fils de famille soit tuteur, semble à première vue une chose étonnante. En tant que fils, il est soumis à cette puissance paternelle perpétuelle qui l'absorbe et ne laisse voir tout au plus en lui qu'un instrument d'acquisition pour le *paterfamilias*. Il n'a pas de patrimoine personnel. Et pourtant il arrive qu'il soit chargé d'une tutelle, qui comporte l'administration minutieuse du patrimoine d'un impubère.

Nous chercherons à expliquer cette contradiction en examinant successivement :

1° dans quels cas un fils de famille peut être nommé tuteur ; à quelle époque du droit romain se présente cette tutelle ;

2° pourquoi un fils de famille peut être nommé tuteur et quelles sont les conséquences d'une semblable tutelle.

I.

Les Institutes de JUSTINIEN I. 14. *qui dari tutores testamento possunt*, pr. déclarent : « *Dari autem potest tutor non solum paterfamilias, sed etiam filiusfamilias* ».

Ce principe énoncé par les Institutes fut-il vrai de tout temps en droit romain?

Parmi les institutions qui se sont le plus développées au cours de la longue évolution du droit romain, il faut ranger la tutelle de l'impubère *sui juris*. Elle comprend, comme on le sait, deux phases.

La première, celle du droit primitif, où le *filiusfamilias* était certainement incapable d'être tuteur. A cette époque la tutelle n'était pas en effet organisée dans l'intérêt de l'incapable, mais en vue de sauvegarder le patrimoine du groupe familial et plus spécialement de l'agnat le plus proche. La tutelle était un droit de famille et son exercice ne requérait que les conditions générales d'aptitude à l'exercice d'un droit : la liberté, la cité, la qualité de *paterfamilias*.

Il y avait deux espèces de tutelles : la tutelle légitime où la coutume désigne comme tuteurs l'héritier agnatique du pupille ou ses *gentiles*, et la tutelle testamentaire, déjà signalée dans les Douze tables, qui pour la première fois séparent la personne du tuteur de celle de l'héritier. Seul le *paterfamilias* pouvait nommer un tuteur (D. L. 17, 73, § 1. *Q. M. Sc. libro singulari*): « *nemo potest tutorem dare cuiquam, nisi ei quem in suis heredibus cum moritur habuit habiturusve esset, si vixisset.* »

L'époque classique a une conception différente de la tutelle. Elle n'est plus un droit sans contrepoids reconnu au tuteur. Le souci de défendre l'impubère s'est fait jour au moment où les transactions économiques à Rome deviennent plus nombreuses par suite des conquêtes des armées victorieuses. Cette idée de protection de l'incapable est confirmée par les lois Atilia, Julia et Titia, qui organisent une troisième tutelle :

la tutelle imposée par le magistrat à défaut de tutelle testamentaire ou légitime.

L'idée nouvelle de la tutelle, qui n'est plus un droit, mais un devoir, devait modifier les conditions mêmes de son exercice. Les personnes capables de gérer une tutelle ne sont plus uniquement les *patresfamilias* ou l'héritier le plus proche, alors même qu'il serait impubère. Du point de vue juridique, le *filiusfamilias* peut être appelé, lui aussi, par le prêteur à exercer une tutelle, et par extension, il peut trouver dans un testament son titre à la tutelle. Par contre, et à l'inverse des conditions de droit plus larges, surgissent des exigences de fait qui restreignent le choix d'un tuteur : il faut la capacité physique pour administrer avec profit un patrimoine : n'être ni sourd, ni muet, ni surtout impubère (1).

Les textes situent la tutelle du fils de famille dans cette deuxième période de l'évolution de la tutelle, et il est possible d'y découvrir plusieurs traits caractéristiques de la tutelle organisée en vue de protéger l'incapable.

a) Ces textes sont de Marcellus (contemporain d'Antonin et de Marc Aurèle), d'Ulpien, de Paul, de Modestin, jurisconsultes du IIe et du IIIe siècle de notre ère ; ou bien ils rapportent l'opinion de Julien, d'après les « *Responsa* » de Marcellus ou les *Disputationes* d'Ulpien. La référence la plus ancienne est donc de Julien, l'auteur de la codification de l'édit.

b) Il ne s'agit pas d'une tutelle légitime. Le fils de famille est toujours, dans l'ordre des héritiers légitimes, primé par son père. Les textes parlent du fils *tutor datus*, c. à d. tantôt tuteur nommé par testament (D. XXVI. 7. 21), tantôt tuteur nommé par le préteur. (D. XXVI. 1. 7.) Le mode de désignation par la loi était d'ailleurs en discordance avec la conception nouvelle

(1) Cf. *Basil.* (éd. Heimbach), XXXVIII, 1, 15, « si idoneus sit ad tutelam filiusfamilias tutor creatus... ; et D. XXVII, 1, 15, 17.

du rôle du tuteur et dès lors relégué au second plan par la tutelle testamentaire et la tutelle Atilienne.

Peut-être faut-il voir dans nos textes une conséquence de l'élargissement du testament et une relation avec la nomination du tuteur par le préteur tutélaire. Nous n'avons pas d'exemple de fils de famille tuteur désigné par le préteur urbain et la majorité des tribuns, magistrats que la loi Atilia chargeait de cette mission.

c) Les jurisconsultes qualifient la tutelle du fils de famille de *munus* et de *onus*. Une assimilation est faite avec les *munera civilia* ou *munera publica*. (D. XXVII. 1. 5.)

d) Il est fait allusion aux *excusationes*, en vertu desquelles un fils de famille capable d'être tuteur peut se soustraire à cette fonction. Parmi les motifs que l'on peut invoquer pour décliner une tutelle il y a le cumul de trois *munera*. Il y a donc des causes d'excuse communes à tous les *munera publica*. (D. XXVII. 1. 5.)

e) Le Code IV. 26. 1. et le Digeste XXVII. 8. 1. 17. envisagent la responsabilité du père de famille lorsque le fils est tuteur et en même temps décurion, et qu'il n'a pas veillé suffisamment à garantir le pupille.

f) Ulpien (D. XXVII. 8. 1. 17.) et Modestin (D. XXVII. 1. 15. 17.) parlent de la *cautio rem pupilli salvam fore* qui fut imposée par le préteur aux tuteurs légitimes et aux tuteurs nommés par le magistrat, après qu'il les eût déjà rendus responsables par la voie de l'action générale de la *negotiorum gestio*. La *cautio* est une simple garantie personnelle complétant l'*actio tutelae*, et l'engagement de fidéjusseurs est essentiel, au point que les magistrats municipaux sont rendus responsables de l'insuffisance de garantie (1). Cette responsabilité remonte à un sénatusconsulte du temps de Trajan (Code V. 75. *de mag. conv.* 5.)

---

(1) Le refus de satisdatio semble avoir été plus tard une cause de remotio. Code IV, 42, de tut. vel cur. 2 (Valérien et Gallien).

Au cas d'un fils de famille, nommé tuteur par le magistrat, il était à craindre qu'il ne trouvât pas de cautions. Son père aurait-il pu s'abstenir de cautionner son fils et contrecarrer ainsi la désignation du magistrat ? L'empereur Hadrien décida (D. XXVII. 1. 15. 17.) que le *paterfamilias*, refusant de se porter garant pour son fils tuteur, serait co-tuteur de son fils, le refus du père étant regardé comme un *artificium*, *ut filium suum tutela eximat* (1).

Telles sont les précisions que nous pouvons recueillir dans les textes qui traitent de la tutelle exercée par un fils de famille.

II.

Ayant situé l'époque de l'évolution du droit romain où le *filiusfamilias* peut être tuteur, reste à savoir comment cette fonction de tuteur est compatible avec la qualité même de fils de famille.

Le fils de famille a pu être nommé tuteur parce que, du point de vue du droit public, il est l'égal d'un *paterfamilias*.

Sans doute à l'origine les *patres* étaient seuls admis au sénat, dans les magistratures, dans les comices où l'élément patrimonial comptait pour beaucoup. D'autre part, à l'intérieur de la famille le fils n'était que le prolongement de son père ; il n'avait de droits que par reflet. Il était *alieni juris*, expression qui par elle-même indique l'absence de pouvoirs juridiques propres. Le droit public tendait, au contraire, avec le développement de la cité romaine et en raison des services réclamés aux citoyens, à augmenter l'importance du *civis romanus*. Le fils de famille devait devenir citoyen au même titre que le père de famille. Pomponius, *libro sexto decimo ad Q. M.*, (D. 1, 6. *de his qui* 9.) écrit : « *Filiusfamilias in publicis causis loco patre-*

(1) Une co-tutelle du père et du fils a d'ailleurs l'avantage de présenter à la fois la garantie pécuniaire du père et celle d'une gestion plus active du fils.

familias habetur veluti ut magistratum gerat, ut tutor detur». Déjà participant actif au culte domestique et successeur nécessaire, il est encore citoyen avec droit de suffrage et d'éligibilité aux magistratures, et sa capacité en droit public a transformé dans le droit privé sa situation à l'intérieur de la famille, situation toute différente de celle de l'esclave.

* * *

Le fils de famille étant tuteur, comment seront assurés les recours de l'impubère contre les actes de gestion malheureux ou contre la négligence du tuteur?

Le fils de famille avait un pécule ; le père allait être tenu *de peculio* Code IV. 26. 1. «*Cum filiusfamilias tutor* [*aut curator*] *datur, pater tutelae* [*vel negotiorum gestorum*] *judicio de peculio et de in rem verso conveniendus est* ».

Mais l'on peut se demander si cette responsabilité normale du père ne sera pas aggravée, au cas où le père viendrait à s'immiscer dans la tutelle gérée par son fils.

Le père s'est, par hypothèse, mêlé à la tutelle : *tutelam agnovit* nous dit Ulpien, et dans ses *Disputationes* (D. XXVI. 1. 7) il explique, ce que signifie cette expression « *adgnovisse autem videtur, sive gessit, sive gerenti filio consensit, sive omnino attigit tutelam* ». Le fait de participer directement ou indirectement à la tutelle va-t-il modifier la responsabilité du père?

Les avis sont partagés. Marcellus (D. XXVI. 7. 21) ne fait pas de distinction entre le cas où le père donne son adhésion à la tutelle et celui où il n'intervient pas (1). Ulpien dit au

(1) Lucius Titius Gaium Seium filiumfamilias testamento filio suo tutorem dedit. Gaius Seius sciente et consentiente patre tutelam administravit. Quaero an, defuncto Gaio Seio, actio tutelae adversus patrem ejus et in quantum competat. Marcellus respondit secundum ea quae proposita essent, actione de peculio et de in rem verso patrem teneri : nec multum videri in hoc casu facere patris scientiam et consensum ad obligandum eum in solidum.....

contraire (D. XXVI. 1. 7.) : « *si filiusfamilias tutor a praetore datus sit, si quidem pater tutelam agnovit, in solidum debet teneri, si non adgnovit dum taxat de peculio* ».

Y a-t-il une raison à cette différence ou tout au moins une explication est-elle possible ? Dans l'hypothèse traitée par MARCELLUS il s'agit d'une tutelle testamentaire. L'interprétation large donnée à la volonté du testateur, le souci de satisfaire à ses désirs sont des traits caractéristiques que nous trouvons chez les auteurs classiques et surtout chez JULIEN. Il ne vient guère à l'idée du jurisconsulte de donner une place au *paterfamilias* du tuteur testamentaire. Il n'a ni à approuver ni à improuver cette tutelle. Le tuteur testamentaire n'est pas non plus obligé de fournir caution, tant le choix du testateur peut être jugé raisonnable et dicté par l'intérêt qu'il porte à l'impubère. — Même nommé d'une façon irrégulière, le tuteur testamentaire voit son titre confirmé par le préteur. Autant de faits qui témoignent du respect de la volonté supposée éclairée du testateur.

ULPIEN, au contraire, est en présence d'une hypothèse où l'intervention du père est sinon nécessaire, du moins sollicitée par le souci de garantir l'impubère. Il s'agit d'une tutelle imposée au fils par le magistrat. ULPIEN analyse d'ailleurs l'intervention du père d'une façon plus large (comprenant à la fois le *consensus* et la gestion de concert avec le fils). Le tuteur désigné par le magistrat devait fournir caution ; le rescrit d'HADRIEN cité plus haut. (D. XXVII. 1. 15. 17.) sanctionnait le défaut d'intervention du père qui ne cautionnait pas son fils en l'assimilant à la tutelle (1). Dès lors l'opinion d'ULPIEN qui charge le père d'une responsabilité *in solidum* n'a rien que de très logique (2).

---

(1) Si Clodius Macer, quamvis filiusfamilias sit, idoneus tutor esse videbitur, pater autem ejus ideireo cavere non vult, ut filium suum tutela eximat, et in hoc artificio perseveraverit, existimo te huic fraudi recte occursurum, ut et filius et ipse ad tutelam liberorum Clementis gerendam compellitur.

(2) Il peut être utile de remarquer que le texte d'ULPIEN (D. XXVI. 1. 7), est tiré de ses *Disputationes* : ULPIEN développe devant ses élèves une hypo-

Les compilateurs de JUSTINIEN, en face de l'opposition plus apparente que réelle des deux textes de MARCELLUS et d'ULPIEN, ont, semble-t-il, ajouté au texte de MARCELLUS la dernière phrase, déjà signalée comme suspecte par EISELE. *Z. der Sav. Stift.* 13, p. 152. « Le père de famille n'est jamais tenu que *de peculio* [*nisi forte contutore vel alio quo volente eum facere suspectum intercessit et quasi in se periculum recepit*]. » (1).

* * *

Une autre complication dans l'étude de la portée de la responsabilité du père dont le fils est tuteur, peut naître du fait que le fils est décurion ou magistrat municipal. L'assentiment du père à l'exercice d'une semblable magistrature aura-t-il une influence au cas où ce fils magistrat interviendrait dans une tutelle ?

Nous pouvons envisager soit que le père consente simplement à la désignation aux honneurs, soit peut-être qu'il élève le fils au décurionat, alors qu'il est *spurius* et sans compétiteurs nés en légitime mariage (2).

Les magistrats supérieurs pouvaient confier au décurion la charge d'une tutelle. Dans cette hypothèse, quel sera l'effet de l'agrément donné par le père ? Il ne s'agit pas, notons le bien, d'une adhésion donnée après coup à l'exercice de la tutelle. Il faut analyser le consentement donné par le père à son fils magistrat ou exerçant un *munus publicum*.

---

thèse ; de là l'interprétation large du mot *adgnoscere*. Parmi les cas d'immixtion du père ne peut-on pas supposer celui où le père aurait usé du droit de « *potioris nominatio* », en faveur du fils?

(1) M. COLLINET, qui a bien voulu nous guider dans le choix de notre article, suggère que le texte de MARCELLUS serait altéré depuis « *nec multum* ». Il se base sur le critère « *in hoc casu* », cité comme signe d'interpolation par GUARNERI CITATI, *B. I. D. R.*, 1923. La fin du texte depuis *nec multum* se présente assez bien comme une scolie postclassique (depuis *nec multum* jusqu'à *in solidum*) sur laquelle les compilateurs auraient greffé l'interpolation de *nisi forte* etc...

(2) Dig., L. 2, 3, 2.

Une constitution de 196 rendue sous le nom de Septime Sévère et du futur empereur Caracalla (Code IV. 26. 1.) envisage l'adhésion du père comme globale et comprend dès lors dans les obligations du père la responsabilité du fils tuteur et décurion, coupable de dol dans la gestion de la tutelle (1).

Ulpien ne donne pas la même réponse : il rapporte l'opinion de Julien qui déjà auparavant envisage cette hypothèse. Il analyse de plus près la responsabilité du père, au cas où son fils magistrat a contrevenu à ses devoirs en ne veillant pas assez aux intérêts de l'impubère (oubli de demander des cautions, choix malencontreux des fidéjusseurs) et limite à l'action *de peculio* le recours de l'impubère contre le père du tuteur (2). Encore que la tutelle soit un *munus*, une charge sur laquelle l'Etat exerce un droit de regard, elle intéresse avant tout les intérêts pécuniaires du pupille et seulement les intérêts moraux de l'Etat.

Par exception le père du tuteur pourrait être tenu *in solidum* au cas où il aurait pris, vis-à-vis de l'acte commis, la qualité de fidéjusseur, nous dit le Dig. L, 1, *ad municipalem*, 2. §§ 5 et 6. Ce terme a remplacé au Digeste la qualité de *praes*, caution du droit public romain, dont parlait Ulpien (Lenel, *Pal.*, n° 27).

Ces analyses constituent des exemples, parmi tant d'autres, de la finesse des jurisconsultes de l'époque classique et surtout de Julien qui possède l'art des nuances et s'inspire de l'équité (3).

---

(1) « Cum filiusfamilias tutor [aut curator] datur pater tutelae [vel negotiorum gestorum] judicio de peculio et de in rem verso conveniendus est. Quod si voluntate ejus filius decurio sit creatus, et a magistratibus tutor constitutus pater in solidum satisfacere cogitur, cum id onus exemplo ceterorum munerum civilium inductum intellegatur ».

(2) D. XXVII, 8, 1, 17. « Si filiusfamilias fuit magistratus et caveri pupillo non curaverit, aut non idonee cautum sit, culpa ejus an et quatenus in patrem ejus actio danda sit, quaeritur. Et ait Julianus in patrem de peculio dandam sive voluntate ejus filius decurio factus sit, sive non : nam et si voluntate patris magistratum administravit, attamen non oportere patrem ultra quam de peculio conveniri, quasi rem publicam salvam fore promittat, qui dat voluntatem, ut filius decurio creetur ».

(3) Voir Cuq, *Institutions Juridiques des Romains*, passim.

* * *

Une dernière question peut encore se présenter. Supposons le fils de famille tuteur émancipé. Que devient la tutelle qu'il gérait? Et tout d'abord, le fils de famille émancipé reste-t-il tuteur?

D'un texte de PAPINIEN (D. XXVI. 7. 37. 2) on peut induire que la question fût discutée. ULPIEN (D. XXVII. 3. 11.) déclare que le fils de famille ne cesse pas d'être tuteur. Tel fût déjà l'avis de JULIEN « *remanere eum tutorem Julianus ait* ». D'où vient que la *capitis deminutio minima* sous le nom de laquelle on range l'émancipation ne produit pas l'extinction de la tutelle?

C'est que la *capitis deminutio minima* n'est plus, à cette époque, qu'une étiquette. Jadis la personnalité juridique du *deminutus* était totalement abolie et une autre personnalité surgissait conforme au nouveau *status familiae*. Mais dès la fin de la République et sous l'Empire, il y eut une dégradation complète de ces effets. Le préteur introduisit pour *la capitis deminutio minima* l'*in integrum restitutio*, en vue de protéger les créanciers contre cet effacement de la personnalité juridique. Le caractère de charge publique de la tutelle ordonnée par le magistrat rendait d'autre part celle-ci indépendante du droit de famille. La jurisprudence étendit ce caractère à la tutelle testamentaire (1).

La *capitis deminutio* comme l'a démontré M. DESSERTEAUX, n'a pas d'effets propres. Ce qui importe ici, c'est de voir l'effet de la *mancipation* comme telle. Mais l'émancipation est à ce moment devenue un acte unique, considéré dans son ensemble et où le passage par le *mancipium* est devenu fictif.

La juxtaposition de deux personnes juridiques, l'une *alieni juris*, l'autre *sui juris*, devait néanmoins exercer une influence sur

---

(1) ULP., XI, 17. « Si capite deminutus fuerit tutor testamento datus non amittit tutelam. » et Scolies du Sinaï fr. 17 § 46.

les actes passés, au cas où ces actes provenaient d'une même source d'opérations juridiques. Tel est le cas de la tutelle exercée par un fils de famille ensuite émancipé. Les Sabiniens, conformément à une méthode qui leur est chère, décomposèrent la tutelle en une série d'actes séparés, et considèrent le tuteur comme engagé distinctement pour chacun d'eux. JULIEN le premier (D. XXVII. 3. 11.) pensa qu'il n'y avait plus lieu de procéder de la sorte et, se séparant hardiment de ses maîtres, déclara que, pour la période antérieure à l'émancipation, le fils de famille tuteur sera poursuivi *in quantum facere potest*, et, pour le temps postérieur à l'émancipation *in solidum*. Le père de famille pour les actes commis avant l'émancipation répond *de peculio*.

Toutefois l'*actio de peculio* peut être annale, comme le dit ULPIEN, au Digeste XV. 2. 1. pr., qui relate le passage de l'édit du préteur. L'année est une année utile. Dans notre cas, l'émancipation du tuteur peut ne pas correspondre à la fin de la tutelle. Le pupille doit néanmoins attendre la fin de la tutelle pour agir contre son tuteur et alors il aura un an devant lui pour intenter son *actio tutelae*. C'est ce que nous apprend le Dig. XXVII. 3. 11.

Il reste un texte de PAUL. D. XXVII. 3. 12. assez énigmatique et certainement tronqué. L'interprétation de M. SOLAZZI (1) conforme d'ailleurs aux Basiliques XXXVIII. 3. 11. paraît la meilleure.

Voici ce texte : « *Filius autem tutor propter hoc suum factum cum patre agere non potest ante pubertatem, quia nec finita tutela hoc ab eo exigi potest* ».

Une restitution du texte par MOMMSEN, citée au Digeste, a rétabli la symétrie du texte sans toutefois parvenir à lui donner sa physionomie primitive. *Filius autem tutor propter hoc suum factum cum patre agere non potest* QUIA NEC *ante*

(1) SOLAZZI, *Riv. Italiana*, LIV, p. 276.

pubertatem, nec finita tutela hoc ab eo exigi potest. PAUL songerait à distinguer les deux périodes de la tutelle et à les opposer. Le fils de famille tuteur aurait avant son émancipation commis une faute dans la gestion. Peut-il, après son émancipation et parce qu'il s'agit d'une tutelle nouvelle, exercer au nom du pupille une action en réparation? Cette action visant la période où le tuteur était *alieni juris* doit se tourner contre le *pater-familias*. PAUL nous dit qu'elle ne peut s'intenter contre le père, ni avant ni après la fin de la tutelle.

Telle est l'analyse à laquelle semblent se prêter les textes concernant le fils de famille tuteur. Ils représentent, sur un point particulier l'influence du droit public sur le droit privé, l'esprit de la cité pénétrant l'organisation familiale.

Mais ils représentent aussi la lutte de ces deux principes : l'assujettissement du fils de famille à l'intérieur de la famille, son indépendance au point de vue politique.

ALB. PHILIPPIN.

I. - FASI E FATTORI DELL' EVOLUZIONE DEL DIRITTO ROMANO.

II. - L'ARBITRIUM BONI VIRI NEI FEDECOMMESSI.

III. - LEGATI E FEDECOMMESSI — VERBA E VOLUNTAS.

IV. - INFLUSSO DELLA COGNITIO EXTRA ORDINEM SUL IUS CIVILE

DEL

Prof. SALVATORE RICCOBONO

DELLA

Universita di Palermo.

I

FASI E FATTORI DELL' EVOLUZIONNE DEL DIRITTO ROMANO

1. — Introduzione

Un volume di scritti in onore di un Maestro insigne della scienza assume nella vita moderna quasi la stessa funzione di un congresso internazionale, in cui problemi vari vengono in discussione, prospettati secondo le diverse e opposte tendenze, dibattuti e diffusi in una cerchia più larga di studiosi di una particolare disciplina.

Questi solenni convegni sono pertanto particolarmente propizi alla trattazione di problemi generali, i più vivi e agitati della scienza, cui noi abbiamo dedicato la nostra attività e le forze del nostro spirito.

Il più arduo problema della nostra disciplina è oggi divenuto quello concernente l'origine del diritto giustinianeo, più precisamente, quello che riflette la derivazione delle riforme introdotte da GIUSTINIANO nel *Corpus iuris*, rivelate ormai largamente dalle indagini interpolazionistiche.

La critica contemporanea nel fervore delle medesime indagini ha creduto di risolverlo in una maniera molto semplice, attribuendo ai Bizantini non solo la redazione formale ma la stessa sostanza delle innovazioni, e ritiene queste, in parte, derivate da consuetudini orientali e precipuamente create ed elaborate dalle scuole di diritto nel periodo che va da COSTANTINO a GIUSTINIANO.

Naturalmente per giungere a questo risultato essa ha dovuto negare ogni fede alle costituzioni di GIUSTINIANO e far cadere

nell' oblio i testi che offrono precise informazioni, su punti speciali, dello sviluppo organico degli istituti giuridici dall' uno all' altro periodo della storia del diritto di Roma. Credendosi così in possesso d'un risultato bello e fatto essa ha trascurato completamente l'analisi dell' opera dei giuristi romani, che s'imponeva come una necessità preliminare ed ha inoltre lasciati nella polvere i commenti dei vecchi interpreti del diritto romano, di cui l'opera non fu soltanto pratica, ma esegetica, nel senso più pieno e più nobile, accompagnata sempre da un' acuta e profonda valutazione delle dottrine giuridiche.

La critica moderna, invece, s'è fermata agli elementi esteriori dei testi giuridici e soltanto così essa ha avuto l'illusione di scovrire ogni giorno nuovi mondi e di svelare i misteri che il *Corpus iuris* presenta.

Nel corso dei secoli il diritto romano non aveva subìto un' avventura così straordinaria, per cui buona parte del suo patrimonio, certo la parte migliore, la più progredita di norme, di idee, di dottrine gli viene sottratta ed attribuita ad anonimi autori della scuola di Berito. Ma se il risultato non è commendevole, il metodo poi per raggiungerlo è certamente pessimo.

Come giuristi noi dobbiamo essere i primi nello ossequio ai principî di diritto, e quindi esigere, per la pronunzia di una sentenza in materia di dominio, che gli attori, che muovono all' attacco, provino in modo irrefragabile la verità delle loro affermazioni.

Finora essi nulla hanno provato. Hanno fabbricato un castello sull' arena, perchè non si sono resi conto, preliminarmente, del processo dell' evoluzione del nostro diritto (1).

---

(1) Per buona fortuna, io posso, nell' ultima revisione del ms., citare in proposito il bel volume del Collinet *Histoire de l'école de droit de Beyrouth*, Paris 1925, in cui il C. con la fede e lo spirito d'un apostolo della nuova verità ha raccolti tutti gli elementi che servono ad illustrare la vita e l'opera

A chiarire le fasi e i fattori dell' evoluzione del nostro diritto, sono destinati questi miei contributi. Ed io tenterò, nel primo di essi, di tracciare uno schizzo del suo sviluppo nei vari periodi storici, nel quale schizzo tutti i problemi fondamentali che vi si riferiscono saranno inquadrati in una linea ferma e chiara. Che io debba, nel far ciò, ripetere cose già dette e sviluppate altrove (1), non è grave danno, dacchè anzi trattandosi di una sintesi, essa presuppone analisi e accertamenti già fatti e noti su singoli punti che le danno consistenza. La forza della sintesi in questo caso non può risiedere nella dimostrazione, bensì nella rapida delineazione di tutto il processo evolutivo del diritto romano, indicandone le varie fasi e le ragioni e i fattori che determinarono sviluppi

---

della celebre scuola di Berito. Ma la nobile fatica del C. non poteva mutare il carattere dei documenti nè accrescerne il numero e il valore. Nella sua opera primeggiano, anzi per la parte sostanziale tengono il campo, i Fr. Sinaitici, sempre bene valutati. Ma perciò egli esprime il rammarico (p. 252) che la brevità di essi non consenta di costruire integralmente il metodo e il valore dell' insegnamento di quella scuola. Costretto a spigolare altrove ne riporta ipotesi e congetture che non resistono alla critica. Con l'ammirevole fede che lo anima, egli tende già a credere che le interpolazioni che si riscontrano nei V. Fr., riprodotte nei Digesti di Giustiniano, derivino dalle scuole orientali (pag. 270, n. 1). Ma sopratutto questo è certo, che il C. ha potuto abbondantemente illustrare Berito « legum nutrix », Berito πόλις Ρωμαϊκωτέρα — νόμων ἔδος Αὐσονιήων, ma per niente documentare quel che egli scrive nella conclusione: cioè che « l'évolution de l'enseignement à Beyrouth est une révolution », e meno ancora che, « dans l'œuvre législative de Justinien, le droit nouveau élaboré par les « maîtres œcuméniques » s'est mêlé au vieux droit classique de Rome et c'est pourquoi le nom de Beyrouth, pour les juristes, mérite d'être uni à celui de Rome même ».

La dimostrazione l'attendiamo ancora.

(1) Nel seguito la mia opera « Dal diritto romano classico al diritto moderno » pubblicata negli Annali del Seminario giuridico di Palermo, vv. 3 e 4 (a. 1917) sarà citata semplicemente « Diritto Classico ». Così « la fusione del ius civile e del ius praetorium in unico ordinamento », pubblicata nell' *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, v. 16, p. 503 ss., sarà citata « Fusione ».

e mutamenti scaturiti in perfetta concatenazione dalle stesse forze che il diritto romano aveva accumulate nel suo gagliardo organismo.

Ciò è vero anche per il diritto contenuto nella compilazione ordinata da GIUSTINIANO nel principio del sec. VI, che ha per noi una importanza maggiore, non solo perchè più noto ma anche per l'azione che esso ha esercitato nella storia della civiltà. E in proposito io ho sostenuto che i mutamenti a prima vista profondi che si manifestano in quella Codificazione non sono in realtà che un semplice effetto della fusione dei vari ordinamenti giuridici romani in un corpo unitario di diritto e più particolarmente un effetto della assunzione del *ius honorarium* al posto dell' antico *ius civile*, la quale, se nel periodo classico s' era verificata in buona parte per opera del pretore, nel periodo post-classico divenne generale e costituzionale (1).

La mia tesi fu apprezzata dal PARTSCH (2) — e ricordando il nome si rinnova ogni volta nell' animo l'ineffabile cordoglio della fine immatura — il quale riconobbe che il fenomeno della fusione dei vari ordinamenti romani in unico corpo di diritto era evidente e innegabile. Ma egli non credette si dovesse perciò abbandonare la credenza nella elaborazione giuridica delle scuole orientali e nell' influsso delle consuetudini ellenistiche, designati come i massimi fattori, i più immediati, del diritto giustinianeo. Piuttosto, egli diceva, i due avvenimenti possono conciliarsi in quanto le scuole bizantine dovettero elaborare non le dottrine quali erano nelle opere dei giuristi romani, bensì nello stato in cui esse si trovavano nella pratica, trasformate o deformate per effetto della fusione dei vari ordinamenti romani. Il PARTSCH scriveva testualmente (p. 560): «l'elaborazione beritese si riferiva alla

(1) Cfr. Fusione cit., p. 503 ss. e scritti citati ivi, p. 508, n. 5.

(2) Cfr. Z. S. S., v. 44, p. 559 e ss.

praxis e si svolgeva parallela alle costruzioni dommatiche del più tardo ellenismo ».

La soluzione proposta è certamente ingegnosa e fine, degna dell' acuta mente del rimpianto amico. Ma, in definitiva, a me sembra una tavola di salvezza pôrta ad una teoria che minaccia di affogare.

Essa è subito contrastata dai Fr. Sinaitici, l'unico notevole documento delle scuole orientali del V° secolo, in cui tuttavia ogni traccia di rielaborazione delle dottrine romane manca. E su questo riguardo il valore di quel documento è altissimo, perchè esso rispecchia fedelmente il metodo in uso nelle scuole bizantine, descritto e biasimato da Giustiniano nella c. omnem § 1 : (1) e perchè quello specchio riflette senza dubbio lo insegnamento del sec. V, cioè del periodo ultimo e più evoluto di quelle scuole, non esclusa Berito, « *legum nutrix* » (2).

Ma io voglio nondimeno seguire il suggerimento del Partsch. La scienza non può essere intollerante ; è figlia dell' osservazione e della pazienza.

L'affermazione del Partsch come possiamo verificarla?

Escluse le interpolazioni giustinianee per sè stesse ; esclusi gli scolii dei Basilici, che vi corrispondono o illustrano quei punti innovati, perchè le une e gli altri ci rappresentano gli effetti, ma nulla attestano intorno alle cause del fenomeno.

E rispetto agli scolii greci è bene ribadire che l'attività dei maestri pregiustinianei, in essi ricordata, è in perfetta armonia col contenuto dei Fr. Sinaitici. Da Cirillo a Patricio, Eudossio etc., celebrati dai contemporanei di Giustiniano, nulla apprendiamo di nuovo. La loro attività fu diretta per

(1) Cfr. anche § 2 : *Nos vero tantam penuriam legum invenientes et hoc miserrimum indicantes cet.*

(2) Cfr. il mio studio sui Fr. Sinaitici in B. J. D. R. v. IX, p. 286 ss. e ora anche Collinet o. c., p. 233-244 e passim.

quel che sappiamo a tradurre in greco opere dei giuristi (1), a interpretarle, a parafrasarle, a cavarne regole fondate su confronti, a far raccolta di passi su punti di diritto [cfr. B XI, 1, 67] per acquistare il possesso della scienza contenuta nei libri dei giuristi. Lo sforzo è spesso evidente e anche la incomprensione d'istituti e mezzi processuali [cfr. B. 47, 1, c. 72] non è cosa che possa ormai sorprenderci (2).

Escluse le prove che si vogliono desumere dalle frequenti coincidenze che si notano tra le dottrine dei Greci e quelle accolte nel *Corpus iuris*, perchè non è detto e dimostrato a priori che quelle dottrine non siano state note ai giuristi, chè anzi elementi positivi e indizi molteplici accertano o fanno presumere che esse esercitarono un grande influsso sulla giurisprudenza romana, specialmente nell' epoca di CICERONE, e poi, senza alcuna soluzione di continuità, nei primi secoli dell' Impero. Vero è soltanto che i Romani non aderirono alle dottrine filosofiche dei Greci per pura imitazione, ma vi aderirono dopo mature esperienze e solo in quanto quelle presentavano un contenuto idoneo a risolvere problemi della vita o a costruire una teoria in maniera conforme alla natura e al genio del loro diritto (3).

Le stesse considerazioni ed esperienze valgono per i diritti e le consuetudini delle province orientali, assunti spesso dal pretore nell' editto, seguiti nei giudizi tra peregrini, più tardi utilizzati dai Principi nella loro funzione e attività quasi legislative e dai giuristi nell' elaborazione e negli sviluppi degli istituti giuridici.

---

(1) Tracce delle versioni di Costituzioni e di opere dei giuristi si riscontrano nel Codice e nei Digesti, rivelate dal confronto dei passi riportati nei Basilici e in Armenopulo con i testi giustinianei interpolati. Cfr. B. J. D. R., v. XVIII, p. 197 ss. e Mélang. Fitting, v. II, p. 463 ss.

(2) Le cause furono da me indicate in ZSS., v. 43, p. 382 ; l'ammirazione dello Alibrandi, Op. 49 ss. del sapere degli interpreti greci è eccessiva, ma si spiega bene tenendo presente lo scopo e il contenuto dell' articolo.

(3) Esempi più oltre cfr. p. 11 e 122 ; il più notevole riguarda l'elemento « voluntas », su cui cfr. c. III, n. 2. Altre citazioni v. negli *Addenda*.

Nè infine possono avere forza di prove irrefragabili le coincidenze che si riscontrano nelle consuetudini giuridiche rivelate dai papiri greco-egizii. Ma qui l'abuso di volere spiegare tutto lo atteggiamento del diritto giustinianeo, nelle singole norme e per la struttura degli istituti, con l'influsso esercitatovi dalle consuetudini e dai diritti ellenistici è stato così sfacciato che i migliori papirologi han dovuto consigliare una certa dose di moderazione (1). Ma sopratutto poi il Mitteis, il maestro più celebrato in questo campo di studi, espresse sin da principio, nel 1891 (2), il suo scetticismo sulla possibilità di stabilire tra le forme del diritto giustinianeo e i diritti provinciali un rapporto di derivazione immediata; e più tardi, quasi alla fine della sua gloriosa carriera (3), dichiarò del tutto vana e illusoria quella speranza.

Il Mitteis nei l.l.cc. osserva, con il suo squisito senso storico guidato da una profonda conoscenza delle fonti romane, che quelle stesse forme il nuovo diritto romano avrebbe potuto assumerle in virtù di uno sviluppo interno, per evoluzione comunque maturatasi nei suoi stessi elementi; e nell' ultimo scritto, confrontando la struttura organica del diritto romano e la sua mirabile elaborazione scientifica con la varietà e inorganicità dei diritti delle città greche e con l' assenza d'una scienza del diritto nel mondo greco, e, considerando inoltre lo stato frammentario in cui quelle consuetudini e norme giuridiche ci sono presentate dai papiri, che or si riferiscono ad un breve periodo storico, or segnano alcuni punti saltuaria-

(1) Cfr. Wenger, *Institutionen des röm. Zivilproz.*, p. 163, n. 45.

(2) Cfr. *Reichsrecht*, p. 6-10 e *rispetto alla Dos*, p. 255.

(3) In una conferenza tenuta in Vienna il 3 Giugno 1917 sul tema « Antike Rechtsgeschichte und romanistiches Rechtsstudium », pubblicata nelle *Mitteilungen des Wiener Vereins der Freunde des humanist. Gymnasium*, Heft 18. Del lavoro io ebbi notizia dal Wlassak (*Ein Nachruf*, p. 31) ed alla cortesia del collega di Vienna debbo la fortuna di aver potuto conoscerne il testo e ottenuto licenza di ripubblicarlo in italiano. La dissertazione sarà tosto largamente diffusa e qui colgo l'occasione di esprimere pubblicamente al prof. Wlassak la mia gratitudine.

mente, conchiude che le affannose ricerche su quei documenti non avesser portato, e difficilmente avrebbero potuto portare nell' avvenire, quella luce che serva a schiarire la formazione del nuovo diritto nel periodo bizantino e nella codificazione di GIUSTINIANO. In confronto egli esalta la straordinaria ricchezza e il valore del *Corpus iuris*, che dice ancora inesplorato in ordine all' elaborazione e allo sviluppo delle dottrine per opera della giurisprudenza classica. Parole d'oro che esprimono l'ultimo giudizio (1) del grande Maestro il cui pensiero spazia al di sopra dell' appassionato straordinario lavoro speso sui documenti greci, cui dedicò il meglio della sua attività, spazia al di sopra delle vicende dei tempi e delle passioni degli nomini. Ed io ricordando quel giudizio non posso reprimere una viva emozione, non già perchè esso risponde esattamente alla mia convinzione, altra volta espressa (2), ma perchè, provenendo da un' altissima autorità, che dominò in modo superbo i due campi, deve, giova almeno sperarlo, a tutti gli studiosi di buona volontà apparire illuminato dalla luce della verità.

Con questa conclusione per altro io non intendo mettere di fronte MITTEIS a PARTSCH. Non penso menomamente di risolvere un problema così arduo col richiamo di opinioni autorevoli. Gli uomini passano e i problemi della scienza restano e si rinnovano.

Piuttosto, riprendendo il filo del mio dire, io voglio collocarmi dal punto di vista prospettato dal PARTSCH, e alla domanda fatta sopra : come possiamo verificare l'opera dei Bizantini secondo il PARTSCH la intende, rispondo : non c'è che una maniera, la quale è semplice e la sola ragionevole.

Noi dobbiamo seguire nell' indagine lo stesso ordine degli avvenimenti. Se i vari ordinamenti romani si fusero in un sol corpo di diritto nel periodo post-classico, e se questo avvenimento fu il *prius* rispetto all' elaborazione scolastica e offri

(1) Così il WLASSAK l. c. nella nota precedente.
(2) Cfr. ZSS., v. 35, p. 239-240.

anzi la materia alla riorganizzazione scientifica del diritto, è evidente che anzitutto noi dobbiamo stabilire gli effetti e i punti di arrivo di quella fusione operatasi nella praxis, la quale naturalmente dovette utilizzare sino all' estremo limite possibile tutti gli elementi che erano nelle fonti scritte, e cioè decisioni, regole, costruzioni teoriche, controversie, procedendo sin d'allora con un metodo semplificativo, recta via, per raggiungere lo scopo, lasciando cadere « il' troppo e il vano ». Dopo questo esame, che, com è ovvio, non può esaurirsi per singoli punti o istituti ma deve necessariamente abbracciare nell' insieme tutto il sistema del diritto classico, in confronto a quello maturatosi nella pratica del periodo della extraordinaria cognitio, e soltanto allora, noi potremo scovrire e valutare, se esistono, elementi di qualsiasi specie innestati nell' organismo del nuovo diritto dalle scuole orientali. Questi elementi pertanto debbono avere caratteri precisi e riconoscibili a primo acchito, in quanto debbono rappresentare un *quid amplius* rispetto alla infinita ricchezza di decisioni, di regole, di controversie, di costruzioni, di sviluppi che la giurisprudenza classica offriva nelle sue opere, diligentemente studiate dai Bizantini.

Si tratta dunque di esplorare un campo vergine, che esige indagini faticose e lunghe, proprio come il Mitteis nel 1891 aveva preannunziato (1): « die letzten Ziele, egli scriveva, die hier auszustreben sind, werden erst nach sehr langen geduldigen Arbeit zu erreichen sein ».

Lo studio delle interpolazioni in quest' ordine di ricerche non può avere che un valore meramente ausiliario; ma sopratutto dev' essere fatto con altro spirito di quello che finora lo ha fomentato.

Definiti così i problemi fondamentali, dei quali oggi grandemente ci preoccupiamo, posso mettermi all' opera per assolvere

(1) *Reichsrecht*, p. 10

il modesto compito enunciato sopra, cioè quello di offrire un saggio in cui i lineamenti dello sviluppo del diritto romano nei vari periodi storici appariscano in risalto.

2. — Ius civile, ius gentium, ius honorarium.

In una serie di lavori pubblicati negli ultimi tre lustri, io ho tentato di fissare la legge dell' evoluzione del diritto romano, tracciandone il corso, che graficamente si può rappresentare con più linee convergenti le quali dapprima, dalle XII Tavole a Diocleziano, ascendono rapidamente, e poi, da Costantino a Giustiniano, s'incurvano e si fondono in una sola linea. Le linee ascendenti rappresentano il rigoglioso periodo di formazione del diritto, quella incurvata unica il periodo di decadenza o meglio di semplificazione.

Nella prima fase la formazione del diritto segue il ritmo dello sviluppo e della crescente potenza di Roma, onde ben presto, dopo le guerre puniche, il diritto ci si presenta molto complesso, costituito da vari ordinamenti giuridici, coesistenti e diversi per la sfera di applicazione e per la intrinseca struttura. E gli ordinamenti che vengono in primo luogo in considerazione, sviluppatisi in tempi successivi, sono tre :

1). il *ius civile*, diritto proprio dei cives romani, che discendeva da antiche consuetudini ed era perciò angusto, formalistico, rigoroso.

2). il *ius gentium*, diritto comune a tutti gli nomini liberi, cives o peregrini, e che in contrapposto al ius civile era privo di forme e dominato dall' equità.

3). il *ius honorarium*, costituito dal complesso delle norme e dei mezzi introdotti dai magistrati, particolarmente dal pretore, per facilitare l'applicazione del *ius civile*, per colmarne le lacune e infine anche per correggerlo (1).

---

(1) Papiniano : fr. 7, § 1, D. 1, 1.

Quest' ordinamento era il più moderno, in continuo sviluppo fino ad ADRIANO, perchè ogni anno il pretore che entrava in carica emanava le norme che avrebbe seguito nella giurisdizione, in un suo programma (*Edictum*), nel quale l'*Edictum* dei predecessori era modificato con correzioni o aggiunte suggerite dalla esperienza. Così l'*Edictum* sempre a contatto con la vita, seguiva di pari passo il progresso sociale, economico e spirituale della civiltà romana.

Questi tre ordinamenti si rinvengono ben delineati sulla fine della Republica, e già al tempo di CICERONE il *ius honorarium* è considerato come la fonte più larga e più viva del diritto. Questo significato ha la frase che si legge nel fr. 8 D. 1, 1 « viva vox iuris civilis », ch' era riferita al pretore (1), come già ARISTOTILE (2) aveva detto il giudice « δίκαιον ἔμψυκον » : e CICERONE (3) appellato il magistrato « legem loquentem ».

Il pretore dunque nella pratica attuazione vivifica e rinnova di continuo l'arcaico *ius civile*.

3. — La giurisprudenza

Da CICERONE a DIOCLEZIANO prende maggiore rilievo l'opera della giurisprudenza, tutta impegnata all' elaborazione scientifica degli istituti e alla sistematica del diritto, sottoponendo essa in questo lavoro a continua revisione responsi, giudicati e regole dei veteres, per ottenere una maggiore rispondenza tra le norme di diritto e le esigenze della vita e dell' equità.

---

(1) A « praetor », i Compilatori sostituirono la frase « *ipsum ius honorarium* », per ragioni evidenti. Ma un « ius » che diventa « viva vox » è una figura barocca, onde il FRESE [*ZSS.*, v. 43, p. 466 ss], ritenne tutto il testo di fattura bizantina. Così infatti procedono i critici di oggi, dove si riscontri un vizio qualsiasi ; e così hanno potuto finora attribuire ai Compilatori la maggiore e la migliore parte del Corpus iuris. Sul testo vedi già la mia nota in Fusione, p. 508, n. 5.

(2) *Eth. Nicom.* V. 4, 7 (1132).

(3) De leg. 3, 1, 2.

La giurisprudenza procede in quest' opera con la più fine analisi dei fatti e delle norme di diritto : investiga con mirabile acume e profondità elementi psicologici, etici, formali, sostanziali, etimologici che riscontra nei casi concreti e nel linguaggio usuale o giuridico. Mette sempre più in rilievo il valore e la funzione della volontà (mens, animus, voluntas) delle convenzioni, della colpa e del dolo, della bona fides e apre così nuovi orizzonti e nuove vie al progresso del diritto. Coordina i risultati delle esperienze e delle indagini rispetto ai vari ordinamenti giuridici. Estende al *ius civile* norme e decisioni affermatesi nel campo del *ius honorarium* o del *ius gentium* o nella cognitio extra ordinem, in maniera che già nell' epoca classica s'inizia il benefico influsso d'un ordinamento su l'altro e si delinea, con circospezione, l' avvicinamento che più tardi porterà alla fusione di tutti gli ordinamenti in un sistema unitario di diritto.

Queste ultime affermazioni troppo generiche hanno bisogno di essere illustrate con elementi di prove ben determinati, perchè l' opera della giurisprudenza romana nello sviluppo del diritto è ignorata oggi fino el punto che i critici moderni, e non li chiamo interpreti, hanno potuto attribuire ai Bizantini e in particolare alle scuole orientali tutto il meglio che si legge nel *Corpus iuris* (1) e che costituisce un vero progresso sotto l'aspetto normativo e dommatico del diritto, raggiunto dalla Giurisprudenza con l' analisi sempre più larga e più profonda delle figure e dei fatti giuridici. L'ignoranza dell' opera della Giusprudenza è giunta già fino al punto da presupporre che la struttura arcaica del *ius civile* sia rimasta inalterata sino alla fine dell' epoca classica dal lato morfologico e dinamico, temperata soltanto dall' azione del pretore. E così abbiamo assistito allo spettacolo, veramente strano, di vedere espungere

(1) La forma in cui quel meglio è presentato è in questo luogo fuori questione, ma l'argomento sarà trattato con ampiezza più oltre.

dai testi come prodotti di bassa lega tutti gli elementi che rappresentano la funzione dell' animus nel diritto, la considerazione della voluntas nei testamenti, nei negozi solenni e anche nelle convenzioni del *ius gentium* : (1) singole figure di obbligazioni quasi ex contractu e quasi ex delicto, la nullità dei negozi simulati, anche di quelli *iuris gentium*, la graduazione sempre più sottile della culpa, la successione particolare nel ius, con le frasi « transferre ius, dominium », la virtuale appartenenza della dos alla donna, e così di seguito.

Non faccio un elenco, chè sarebbe fastidioso e di nessuna importanza. E d'altronde l'elenco dovrebbe essere seguito da un altro contenente i punti affatto inesplorati e sui quali interrogati non sapremmo esprimere alcuna opinione. Per esempio : qual' era nel periodo classico l'effetto dell' errore nei negozi *per aes et libram*? Quale influsso esercitò la cognitio extra ordinem sul ius civile e nella formazione delle dottrine? Come pervenne la giurisprudenza a superare nei singoli casi gli ostacoli che le regulae iuris, formulate dai veteres, avevano posto allo sviluppo del diritto? e, più generalmente come si formarono norme e principî in contraddizione a principî fondamentali del ius civile? Vi sono casi in cui la condizione non adempiuta può essere considerata adempiuta, e come si concilia ciò con la norma assoluta del ius civile : « uti lingua nuncupassit ita ius esto »? (2) che cosa si sa della dotis dictio? quante incognite incontriamo nella dottrina dell' inefficacia dei negozi (3) e in complesso nel diritto delle condizioni?

Qui mi fermo, perchè l'elenco sarebbe formidabile e umiliante per il nostro sapere. Ma la conclusione è semplice.

---

(1) Un elenco abbastanza largo ne dà il Pringsheim in *ZSS.*, v. 42, p. 273 ss. superato dall' Albertario in vari articoli ; per i negozi simulati ancora Partsch Z. 42, p. 240 ss. e in generale il Koschaker nella notevole dissertazione « Bedingte Novation und Pactum », p. 41. Vedi contro Scialoja « Animus novandi » negli Studi Perozzi, p. 411.

(2) Questo punto sarà illustrato nel c. II, p. 105 ss.

(3) Cfr. Mitteis *Privatr.* I, p. 240.

Della formazione delle dottrine sappiamo ben poco, perchè l'opera della giurisprudenza classica è affatto inesplorata a questo riguardo. Onde si spiega che chi non ha tempo, pazienza, passione d'indagini si attacchi agli indizi esteriori che presentano uno o più testi e conchiuda : interpolato, ergo bizantino. No. I problemi circa l'origine delle interpolazioni non possono essere risoluti senza un' adeguata conoscenza dello sviluppo del diritto, che noi siamo ancora lontani di possedere. Nè io posso presumere di risolvere tutti i dubbi qui accennati, ma solo dimostrare che seguendo altri metodi e con l'analisi più paziente ed acuta del materiale giuridico che è a nostra disposizione, si può riuscire a diverse conclusioni, più vere, onorando insieme i giuristi romani con la giusta esaltazione della loro opera.

Su vari punti fondamentali, dipendenti dalla analisi della giurisprudenza, cui sopra mi riferivo, le mie indagini hanno di recente schiarito almeno in parte le fitte tenebre. Essi sono :

1). La giurisprudenza del I° sec. valutò certamente l'importanza della volontà anche nel campo dei negozi solenni. E Sabino e Cassio ne inferirono, che ove la solenne dichiarazione fosse in tutto o in parte inefficace pel *ius civile*, questa dovesse almeno produrre gli effetti di un Pactum tutelato dal pretore con la exceptio pacti (vel doli) (1).

In questa dottrina evidentemente il negozio è considerato essenzialmente per la forma secondo il *ius civile*, ma poi anche in riguardo al volere delle parti e alle finalità che esse si proponevano di raggiungere malgrado gli impedimenti opposti dal *ius civile*. Più tardi, nell' epoca adrianea, noi vedremo che la Giurisprudenza pervenne a riconoscere le consequenze

(1) Cfr. Condicio e dies nella costituzione di servitù etc., nella « *Revue d'histoire du droit* », v. 3, p. 335 ss. (Haarlem 1922) ; Koschaker, Bedingte Novation und Pactum etc. *Festschrift Hanausek*, p. 4 ss. dell' Estratto.

estreme delle sue investigazioni, affermando il principio che in tutti i negozi bilaterali c'è una conventio, la quale perciò è elemento generale e fondamentale di essi (1).

2). La Giurisprudenza svolse e affermò in molti casi il principio che un fatto o un' azione, non influenti secondo il *ius civile* sul rapporto obbligatorio fra due persone, dovessero tuttavia ritenersi efficaci per la modificazione o estinzione ipso iure del rapporto medesimo, in omaggio alla volontà delle parti o come equa valutazione del fatto rispetto alla finalità e alla complessione del rapporto.

Sono di nuovo Sabino e Cassio contro Proculo che ritennero in proposito estinta ipso iure la obbligazione in seguito all' accettazione d'una datio in solutum (2). Altri esempi della stessa specie saranno riportati più oltre (3).

Ma qui soggiungo che questi sviluppi promossi dalla giurisprudenza hanno un' importanza straordinaria, che deve attrarre sin d'ora la nostra attenzione. La giurisprudenza ci appare animata da uno spirito nuovo e si muove con un' agilità non consentita dalle barriere poste dal *ius civile*. Donde trasse lo spunto a siffatti ardimenti e con quali mezzi potè realizzarli? Certo è che essa tende e pervenne a considerare equivalenti agli atti formali richiesti dal *ius civile* altri elementi sostanziali che pel *ius civile* non avevano importanza, come a dire: quello economico, quello etico, il fatto, la volontà, l'accordo delle parti, che in definitiva costituiscono nella vita l'essenza e la finalità dei vari negozi giuridici. I punti di partenza e gl'incitamenti a questa più libera valutazione degli atti giuridici, dentro la stessa complessione del *ius civile*, furono offerti, com'è verisimile, in primo luogo dal *ius gentium*, che si svolgeva più libero fuori la rigida disciplina delle forme.

---

(1) Cfr. più oltre p. 30.

(2) Gai 3, 168.

(3) Cap. II, p. 107.

Ma più generalmente si osserva e si dimostra :

3). che tra i vari ordinamenti giuridici, *ius civile*, *ius gentium*, *ius honorarum* e poi tra la prassi dei giudizi ordinari e quella della cognitio extra ordinem è un continuo flusso e riflusso, che si fa sempre più intenso, promosso e diretto sapientemente dalla giurisprudenza.

Nell' impero infatti ai tre ordinamenti sopra indicati se ne aggiunse un altro, che viene qualificato come « *ius novum* », [extraordinarium], costituito da nuove leggi, senato-consulti, costituzioni di Principi e sopratutto da decisioni su rapporti devoluti alla cognitio di Magistrati (cognitio extra ordinem), i quali giudicavano liberamente e senza seguire le norme del processo ordinario. Or queste decisioni più libere, in particolare, esercitarono un grande influsso sullo sviluppo del *ius civile*, in quanto spesso costituirono il punto di partenza per la correzione di giudicati nel processo ordinario e per la formazione di regole generali di diritto (1).

Nel diritto post-classico poi tutta la tradizione giuridica, formatasi nella cognitio extra ordinem, assunse naturalmente un'importanza direttiva nel nuovo ordine giuridico (2).

È facile vedere che una più larga conoscenza di tutti questi fattori sia una condizione fondamentale e inderogabile per intendere e valutare l'evoluzione del diritto romano nei vari periodi storici. Senza di essa ogni sforzo per spiegare i mutamenti del diritto nell' epoca post-classica deve riuscire vano. Onde il compito più urgente della scienza moderna dovrebbe essere quello di procurarci quella conoscenza con le indagini metodiche sull' opera dei classici mettendo in luce la formazione e lo sviluppo delle dottrine.

---

(1) Esempi occorreranno più oltre nei c. II e III.

(2) Cfr. c. IV.

4. — L'aequitas

La tendenza generale del diritto nell' Impero si dirige sempre più decisa verso l'equità. I mezzi sono i più vari: eccezioni, finzioni, interpretazioni, analogie, costruzioni, attuat' per opera del pretore, della giurisprudenza, dei Principi.

È vero che nel periodo classico i giuristi non arrivarono a concepire l'aequitas come un ordinamento giuridico a sè, in opposizione al ius civile o strictum. Perciò essi non contrappongono mai *ius aequum* a *ius strictum* (1).

Il contrapposto è evitato perchè la giurisprudenza sa bene che l'aequitas tende a divenire, ed è in gran parte per essi la sostanza di tutto il diritto, la finalità di tutto l'ordine giuridico, che con le sue norme e le sue decisioni deve mantenere l'equilibrio nella vita sociale, tenendo conto delle figure dei fatti e degli interessi, privati e pubblici, degli uomini. Naturalmente questa funzione dell' aequitas si venne rivelando ai giuristi a grado a grado sin dall' epoca di CICERONE, il quale già riprova il « *summum ius* » come una « *summa iniuria* » (2).

Il campo dell' *aequitas* è quindi universale nel diritto. *Aequitas* si contrappone a *ius strictum* e anche semplicemente a *ius civile* e forma la sostanza di tutte le nuove norme, in contrapposto al *ius antiquum*, e della maggior parte dei iudicia.

In particolare.

Il pretore attua l'aequitas sia nelle norme edittali sia nell' esercizio della iurisdictio.

Il *ius gentium* è quasi nella totalità informato ai principî dell' aequitas, e questa è sempre tenuta in considerazione nei *iudicia bonae fidei*.

Nella cognitio extra ordinem, la cui sfera di applicazione si

---

(1) Cfr. PRINGSHEIM, in *ZSS.*, v. 42, p. 643 ss.

(2) De off. 1, 10, 33.

allarga sempre più e rapidamente nell' Impero, il magistrato sciolto dai principî del *ius*, attua sempre l'*aequitas*.

Nel campo del *ius civile* e dei *stricta iudicia* interviene il pretore a mitigare gli effetti iniqui che dovrebbero seguire dall' applicazione del diritto costituito ; interviene con tutti i mezzi, con norme edittali correttive e con provvedimenti particolari nei casi singoli, specialmente con exceptiones. Gaio (IV, 115) esprime in proposito, nel proemio alla trattazione delle exceptiones, in maniera efficacissima questa funzione della exceptio di fronte al ius ; egli scrive :

« Saepe enim accidit ut quis iure civili teneatur, sed iniquum sit eum iudicio condemnari ».

Come si vede, qui la conseguenza « iniqua » deriva dal *ius civile* e l'exceptio serve ad attuare l'*aequitas*. La quale, perciò, domina, nello stesso periodo classico, tutto il campo del diritto. Le norme del ius e anche il rigor iuris si applicano soltanto dove essi appariscono proporzionati alle figure dei fatti, per diritto costituito ovvero a giudizio del magistrato ; e si applica anche il rigor iuris nei casi in cui l'individuo è indegno d'invocare a suo favore l'*aequitas*, così ne è indegno il ladro e, in generale, chi agisce in mala fede. Soltanto il Cristianesimo usò anche indulgenza verso la mala fede, per l'esaltazione di un altro principio che nell' etica cristiana apparve preminente nei rapporti patrimoniali, e cioè del principio : « nemo ex aliena iactura locupletari debet » (1).

Dopo queste osservazioni, meglio ora intendiamo perchè i Romani non parlano di « *ius aequum* » in contrapposto a « *ius strictum* » ; perchè, come ho detto, l'*aequitas* non si esaurisce in un ordinamento chiuso in relazione ad un altro ordinamento ; ma è invece, o meglio, tende a divenire, in generale, il fine essenziale dell' ordine giuridico. Questa concezione del diritto appare già matura nel principio del II

(1) Cfr. 38 pr. D. 5, 3 e Diritto classico, p. 377-436.

sec. dello Impero, nella definizione di CELSO: «ius est ars boni et aequi» [fr. 1 pr. D. 1, 1].

Ius, in questa definizione, non può riferirsi esclusivamente al *ius civile*, ma ricomprende tutto l'ordinamento giuridico in complexu. Per CELSO ormai il ius è il sistema dell' equo e del buono. Quell' aspirazione che CICERONE aveva espresso con tanto calore, seguendo i dettami della filosofia aristotelica, si era alfine realizzata nel mondo romano, almeno rispetto alla pratica attuazione e alle finalità del diritto (1).

5. — La giurisdizione del pretore

In questa che potremmo dire reincarnazione del ius, quello honorarium ebbe una parte essenziale. Il ius honorarium agiva come le centrali elettriche delle moderne metropoli, le quali raccolgono di continuo l'energia informe che la natura offre sotto vari aspetti, la trasformano, la conservano, la distribuiscono adatta a tutte le più varie esigenze della vita moderna. Così il formalismo, il rigore, la ristrettezza del ius civile non fecero ostacolo alla realizzazione dell' equità richiesta dal progresso della vita civile. Il pretore era arbitro del processo (2), quindi era arbitro della applicazione del diritto. Le norme del ius civile nulla valevano per se stesse. Quel che importava era l'actio accordata o il iudicium ordinato dal pretore. Egli poteva denegare actionem. Se la concedeva, il giudice o i decidenti, designati per l'esame della lite e per

---

(1) L'argomento sarà ripreso più oltre nel c. II... e nell' Appendice 1. Minore importanza nella determinazione dello sviluppo dell' aequitas ha il testo di PAOLO 11 D. 1. 1 «...cum id, quod semper aequum ac bonum est, ius dicitur, ut est ius naturale».

(2) Mantengo la frase oggi molto discussa in quanto di fronte ai poteri del pretore si accentua il potere dispositivo delle parti. Cfr. WLASSAK «Die Klassische Prozessformel» e d'altro lato WENGER «*Wandlungen im röm. Zivilprozessrecht*» nella *Festschrift Hanausek*.

darne sentenza, ricevevano un' istruzione (formula) in cui con parole tecniche erano rappresentati norme e temporamenti ch' essi dovevano applicare (formula in ius concepta), ovvero era ingiunto l'ordine di condannare il convenuto qualora esistesse il fatto denunziato (formula in factum concepta).

Inoltre le stesse norme del ius civile, potevano essere utilizzate per via di « fictiones », per tutti i casi non contemplati dal ius civile, ma ritenuti dal pretore degni di protezione (formulae ficticiae). E queste azioni fittizie insieme a quelle in factum servirono gagliardamente a tenere ogni giorno il ius civile al livello dello sviluppo rapido della vita sociale (1). Onde si è detto bene, che il diritto romano non è un « sistema di diritti », bensì un sistema di azioni.

E le actiones, i iudicia e gli altri mezzi processuali, ordinati, perfezionati o creati dal pretore costituiscono per la varietà e ricchezza, per la precisione tecnica e per la duttilità, il fenomeno più mirabile del diritto romano, che racchiude in sè il segreto del suo continuo sviluppo in una forma organica e disciplinata, e quindi della sua potenza quasi incorruttibile.

In particolare, la sapiente direzione del pretore romano, così come l'ho esposta, spiega il re golare ed agile funzionamento dei tre ordini giuridici, perfettamente coordinati tra loro e interferenti, per quanto essi osservati singolarmente costituissero un sistema di diritto complicato ed astruso per la coesistenza di istituzioni e di norme disuguali, spesso contraddittorie, derivate le une da concezioni e condizioni primitive o arcaiche, le altre da concezioni e condizioni molto progredite. Ma il coordinamento e insieme lo sviluppo procedono di pari passo in modo da determinare la formazione d'un nuovo diritto.

---

(2) Cfr. « Diritto pretorio e Diritto moderno », 1925, pubblicato nell' *Annuario della Università di Palermo.*

In singoli casi le frasi novum ius (1), novae leges (2) sono già adoperate dai giuristi e sono certamente genuine. Questo nuovo diritto dunque si vien formando con leggi, senatoconsulti, costituzioni di Principi e poi principalmente nella cognitio extra ordinem e per via della elaborazione della giurisprudenza. Esso segue puntualmente lo sviluppo della civiltà romana. Sulla fine della Republica e il principio dell' Impero la struttura arcaica del mondo romano — considerata sotto l'aspetto familiare, sociale, economico, etico — va scomparendo rapidamente e vi s'innesta una nuova civiltà in cui nuove forze operano, nuovi bisogni si manifestano che determinano nel diritto, immediatamente, un vivo movimento, una continua trasformazione, nuovi organismi che meglio rappresentavano gl' interessi e gli ideali dei singoli e della società e che dovevano successivamente prevalere e costituire tutto un nuovo ordinamento giuridico (3).

6. — Il mutamento del diritto dal sec. III al VI.

Noi oggi conosciamo relativamente bene tutti quegli ordinamenti e congegni di diritto materiale e processuale dell' epoca classica, che va da Augusto a Diocleziano. Li conosciamo precipuamente in grazia delle Istituz. di Gaio, ritornate alla luce nel 1816. E quel complesso ordinamento giuridico, esposto da Gaio si mantenne nelle linee generali e per la struttura esteriore inalterato fino a Diocleziano. Ho detto nelle linee generali, perchè in realtà l'esposizione gaiana molto succinta, come doveva essere in un' opera elementare, ci presenta in definitiva solo l'inizio di quel prodigioso lavoro

(1) fr. 1 § 3 D. 5, 3 Gaio ad Edictum prov.

(2) Cfr. 5 D. 34, 7 — 11 D. 38, 16 — 1 § 8 D. 38, 17 — È naturale che la frase si riscontri in passi compilatorî: fr. 7 pr. D. 4, 5 — 1 D. 13, 2.

(3) Cfr. « Fusione », p. 520, 521.

della giurisprudenza e dei più ardimentosi sviluppi degli istituti giuridici cui or ora ho accennato.

E per altro deve notarsi, che l'opera di GAIO vuol rappresentare essenzialmente il sistema del ius civile e che essa ha certamente un largo fondo più antico.

Que ch'è certo è che dal confronto tra il diritto esposto da GAIO e quello codificato nel sec. VI° da GIUSTINIANO appariscono differenze notevolissime in tutti gl'istituti e che a prima vista sembrano sostanziali. Infatti, tutti i passi accolti da GIUSTINIANO nella sua opera si rinvengono più o meno largamente alterati. Lo stesso legislatore lo avverte, dicendo:

« multa et maxima sunt quae propter utilitatem rerum transformata sunt » (1).

Negli ultimi decenni le indagini critiche, compiute particolarmente sui Digesti, hanno confermato a dovizia quella dichiarazione. Onde il compito più grave della scienza romanistica è ormai quello d'investigare la natura e le cause che determinarono il mutamento del diritto che si manifesta nell' opera legislativa.

Nel corso del sec. XIX° tutte le riforme giustinianee, in quanto erano messe alla luce, si attribuirono semplicemente all' arbitrio del legislatore. Ed a GIUSTINIANO ed ai suoi collaboratori si rivolsero rampogne e vituperi, denunziati come profanatori del più insigne monumento del genio umano. Si ripeteva così quello stesso atteggiamento ed il giudizio degli interpreti del sec. XVI, della scuola del Fabro, avverso GIUSTINIANO.

Nel principio del sec. XX° si mutò il titolo della accusa contro GIUSTINIANO. Considerato l'ingente numero delle interpolazioni, il breve periodo di tre anni per eseguire la compilazione dei Digesti, le riforme giudicate in perfetta antitesi al diritto classico, si disse che GIUSTINIANO fu un

(1) c. Tanta § 10, 17.

mistificatore, dacchè si era attribuito il merito d'un' opera che nelle sue parti essenziali proveniva da studi e lavori del sec. V° e che in ogni caso, per lo meno, tutte le riforme introdotte nei testi dovevano derivare anche per la redazione, da parafrasi, glosse, elaborazioni scolastiche, compiute in Oriente, nei secoli anteriori.

Questa opinione è oggi molto diffusa fra i giovani romanisti, ammirevoli per l'alacrità e il fervore nelle indagini formali del Corpus iuris, ma poco esperti dei meravigliosi sviluppi delle dottrine giuridiche e dell' opera dei giureconsulti classici.

In realtà è vero che il vanitoso Imperatore si presenta come un grande riformatore di tutto il diritto (1).

Ma le nuove accuse sono troppo gravi e la critica le ha pronunziate con leggerezza, senza prima rendersi conto del contenuto dell' opera stessa.

Oggi si può ritenere accertato che il diritto romano si venne mutando da COSTANTINO in poi. Ma io ho sostenuto e sostengo che si mutò senza l'ausilio o la cooperazione di scuole e senza un adeguato concorso della legislazione dell' epoca della decadenza. Il complicato sistema del diritto classico si semplificò gradatamente da se stesso nella pratica giudiziaria. Impulsi esterni poterono premere e poi agevolare quel processo di semplificazione, che si sarebbe per altro compiuto lo stesso senza di essi e nella medesima direzione.

L'esempio più notevole è costituito dall' uso della scrittura nella vita del diritto, che investì e travolse gradatamente le forme solenni verbali del diritto romano. Il conflitto tra le forme scritte e quelle verbali si manifestò nel sec. III° d. Cr., dopo la costituzione di ANTONINO, dell' anno 212, con la quale l'Imperatore elargì la cittadinanza romana a tutti gli abitanti

(1) Cfr. già SCHRADER ad Inst. II, 20, 20, nota a pag. 357: *Sed Tribonianum, quo magis Justinianum suum extollat, anteriorum principum merita haud raro ipsi tribuere, nota res est.*

dell' Impero. Era assurdo infatti che l'uso della scrittura negli atti giuridici, che era caratteristico nelle consuetudini dei paesi orientali, avesse potuto essere soppiantato dalle forme orali e dalle solennità arcaiche del diritto romano. Il conflitto fu aspro durante tutto il sec. III° ed è sorprendente la tenacia ed il rigore con cui ancora DIOCLEZIANO inculca l'impero delle forme romane.

Da COSTANTINO in poi la pressione si arresta. Ma la scrittura non si surrogò mai — come regola — alle forme orali. Queste si attenuarono e poi si alterarono per scomparire completamente in tutto il diritto, dopo che s'erano mantenute troppo a lungo. Il processo di dissoluzione s'inizia nel periodo classico e forse sin dalla Repubblica. Certo è che CICERONE nei giudizi invoca con insistenza il tenore dello «scriptum», come elemento di prova ovvio e conclusivo; ed è poi ancora più notevole che il pretore assai spesso considerava la solennità orale come compiuta, mentre non lo era, dando un'actio ficticia per es.: con la formula «ac si stipulatio interposità fuisset» (1).

Onde anche in questo punto, se l'influsso delle consuetudini orientali non giova escluderlo, nemmeno si deve esagerare contro la verità storica. Se GIUSTINIANO infatti tra la stipulatio romana e la obligatio litteris, la quale nelle forme più recenti aveva origine provinciale (2), diede nella sua opera la preferenza alla stipulatio, che si faceva ormai ordinariamente per scrittura, ciò significa che la forza e il fascino delle istituzioni romane, per quanto alterate, furono sempre prepotenti nel periodo bizantino. Si deve anzi dire, con maggior precisione, che la missione di ROMA, creatrice del diritto per tutte le genti, venne assumendo già nel mondo bizantino il carattere di un culto. Il che d'altronde è reso manifesto più che dalle frasi di GIUSTINIANO dalla stessa idea di una codificazione ordinata

(1) Cfr. fr. 4 § 3, D. 27, 7 e *Z.S.S.* v. 43, p. 266.

(2) GAI 3, 134.

nel sec. VI per l'Oriente ma con passi estratti dalle opere dei giuristi romani e in lingua latina (1).

7. — Le cause del mutamento del diritto

Le cause più immediate e dirette che determinarono in questo periodo il mutamento del diritto sono da ricercare nei nuovi ordinamenti, nella costituzione politica dell' Impero e nell' organizzazione amministrativa e giudiziaria definiti da Diocleziano (a. 286) e da Costantino il Grande.

Quegli ordinamenti portarono :

1). L'abolizione del sistema processuale classico (ordo iudiciorum privatorum) che fu surrogato dalla cognitio extraordinaria, con un' organizzazione giudiziaria statale, ordinata gerarchicamente.

2). La sparizione del pretore, come magistrato arbitro del processo.

3). L'abolizione delle formulae (a. 342), le quali ormai si mantengono nell' uso soltanto per indicare in forma stringata la natura dell' azione.

4). La decadenza e graduale abolizione delle forme solenni del ius civile.

Quest' ultimo fenomeno si ricollega pure in buona parte ai larghi poteri che ora ha il giudice, il quale in certo modo apparisce come l'erede del pretore romano. Al posto delle fictiones usate dal pretore, subentrano ora «praesumptiones» ovvero «tacitae obligationes» ammesse nella pratica giudiziaria. Le presunzioni, dapprima, estenuarono le forme orali : la scrittura fa presumere o vale la forma orale.

La valutazione delle prove subì una conseguente e necessaria inversione, in quanto le scritture (instrumenta) acquistarono

(1) Illazioni erronee trae H. Krüger «Die Herstellung der Dig. Justinians», p. 57 dai fatti indicati. Vedi più oltre, p. 46, n. 1.

ormai valore assoluto o almeno superiore in confronto ai testes (1).

5). Influsso dell' etica cristiana.

Non deve infine trascurarsi l'influsso che l'etica cristiana esercitó sul diritto in questo periodo, agevolato anche dal diffondersi della episcopalis audientia.

L'etica cristiana agì come una forza di natura in un momento in cui il cuore del grande organismo universale dell' impero romano parve arrestarsi colpito da tutti i mali e da spaventose miserie.

Essa spiegó la sua benefica azione in primo luogo sui costumi e sul diritto delle persone in tutte le direzioni : a favore del matrimonio, delle donne, dei minori, dei deboli contro i potenti ed anche degli schiavi.

Nel campo patrimoniale attenuó le manifestazioni più aspre dell' individualismo e dell' egoismo pagano, inculcando la considerazione d'interessi collettivi e sociali ; agevoló le donazioni malvise al diritto pagano ; represse l'esercizio doloso del diritto e tutte le forme di violenza ; esaltó ed attuó in modo generale il principio già applicato in singoli casi dal pretore : che nessuno deve arricchirsi a danno di altri, e sopratutto diede all' equità un contenuto più largo, più umano, che si esplica nel campo del diritto con motivi sentimentali : di pietà, di fratellanza, di mitezza.

Nel campo sociale promosse inoltre e organizzó istituti di beneficenza ; e la religione dei sepolcri che nel mondo pagano aveva carattere familiare, fu elevata ad un dovere della comunità cristiana, anzi di tutta l'umanità, e ció senza alcuna distinzione di ricchi o di poveri, di liberi o di servi (2).

---

(1) Cfr. *Z.S.S.*, v. 34, p. 231 ss. Appendice II « Quibuscumque probationibus — Instrumentis vel testibus », e WENGER *Zivilprozessr.* p. 283.

(2) Cfr. *Influenza del Cristianesimo sulla Codificazione di Giustiniano in Rivista di diritto civile*, v. 3, e « Diritto classico », p. 432 ss.

8. — Gli effetti del mutamento del diritto

I fatti sopra indicati sono storicamente accertati ; le conseguenze innegabili. I tre ordinamenti noti : ius civile, ius gentium, ius honorarium si unificarono a poco a poco in unico ordinamento.

Nel processo di semplificazione caddero :

1). Tutti gli istituti, i principî, le forme, le norme del ius civile che erano stati paralizzati dal ius honorarium.

2). Un gran numero d'istituti e mezzi creati dal pretore in opposizione o come ausiliarî del ius civile, come per es. : la in integrum restitutio, la missio in possessionem e così di seguito.

Restarono invece in vigore :

1). Gli istituti del ius gentium e gli elementi sostanziali del jus honorarium, i quali si sostituirono a quelli del ius civile e a volte si fusero con gli elementi sopravvissuti del ius civile.

2). Tutto il diritto formatosi nella cognitio extra ordinem assunse una funzione direttiva nel nuovo ordinamento processuale che direttamente da quella derivava.

3). Inoltre emersero al primo piano, naturalmente, quegli elementi sostanziali elaborati con arte mirabile dalla giurisprudenza romana, e cioè la volontà nei testamenti e nei negozi inter vivos, la causa, la convenzione che appariscono ora direttamente generatori degli effetti giuridici.

La giurisprudenza classica aveva pure nella sua elaborazione abbracciati i negozi solenni del ius civile, in cui la causa, la volontà, la convenzione si riscontrarono presenti sebbene latenti, ma sempre più rese attive ed efficaci dal pretore nella sua giurisdizione e anche dalla giurisprudenza (1).

L'equità ora, divenuta la stessa sostanza del diritto, si manifesta dominata dall' etica cristiana.

---

(1) Vedi più oltre, p. 30 e sopra p. 14.

È ovvio pensare che, mentre una così vasta e profonda rivoluzione nel campo del diritto si veniva compiendo, senza la guida nè di scuole ne di legislatore, la materia tanto complessa, ma finemente ordinata ed elaborata dai Romani divenisse nella pratica del periodo bizantino una massa caotica d'istituti e di norme. I rimedi imperiali, per porvi riparo, furono miserevoli e senza alcun effetto. Il diritto romano periva per la sua straordinaria ricchezza. GIUSTINIANO lamenta continuamente che il diritto nel periodo precedente era tutto confusum perturbatum e usa i verbi « vacillare », « variari » (1) e parla di continue « varietates », « ambiguitates ».

(1) Questo verbo si legge pure in un testo interpolato dei V. F. 48. Cfr. Studi PEROZZI, p. 367, n. 1 ; per le altre frasi cfr. : c. Deo auctore § 1 — c. Tanta § 1 e 11 — Inst. Proem. § 2 ; J. II, 10, 10 ; J. III, 6, 10. Vedi « Fusione », p. 512. Vero è che GIUSTINIANO attribuisce anche ai giuristi romani d'aver portato nel diritto confusione, ma ciò nel senso che con la varietà d'opinioni e con le controversie avessero complicato soverchiamente le dottrine. Un lavoro che mettesse in evidenza la confusione della pratica nel periodo postclassico rispetto a problemi fondamentali di diritto processuale e materiale sarebbe prezioso. Le costituzioni di GIUSTINIANO offrono numerosi spunti. Io sospetto che tra le cause che portarono l'arresto di qualsiasi attività scientifica nel campo del diritto, in questo periodo, principalissima sia stata quella del perturbamento di tutti gli ordini giuridici seguito al trapasso alla cognitio extraordinaria. Nessun giurista avrebbe potuto dominare un movimento così generale del diritto, che rendeva d'un tratto antiquata una buona parte della tradizione giuridica contenuta nelle opere dei giureconsulti. In siffatte condizioni non rimaneva altro da fare ai pratici e agli scrittori che mettere in armonia con la pratica e con le nuove leggi singoli passi degli antichi relativi a punti ben determinati di diritto. Questo processo di ammodernamento dei testi s'iniziò nell' Occidente e non nell' Oriente. Nei F. V. e in Paolo visigotico si trova di ciò la dimostrazione più sicura. I libri iuris epitomarum di Ermogeniano dovevano rispondere a questa esigenza. Io inclino a ritenere questo scrittore vissuto nel sec. IV (cfr. *Z.S.S.*, v. 43, p. 327) e non nel III come opina il WENGER (cfr. MISCELLANEA Fr. EHRLE, Roma 1924 Hausgewalt etcc., p. 19, n. 3, dello Estratto). Ma comunque sia, questa nota serve a dimostrare che noi siamo ancora perfettamente ignari dei problemi preliminari per la valutazione delle fonti più tarde. Io comincio già a supporre che l'Occidente abbia in questo periodo avuta una parte più cospicua dell' Oriente nell' adattamento dei testi classici alle nuove condizioni della pratica giudiziaria, come sicuramente gli studiosi dell' Occidente — per quanto ignoti, nè « eroi » nè « maestri dell' Universo » — erano in grado di meglio intendere e apprezzare, le fonti e la tradizione del di-

L'Imperatore constata una verità. L'opera sua riuscì a questo riguardo, con l'aiuto più largo delle fonti genuine (molto studiate nelle scuole di Oriente come attestano i frammenti Sinaitici), e della consuetudine giudiziaria, a rimettere un certo ordine ed a fissare i punti essenziali della materia. Questo giustifica la soddisfazione e l'orgoglio che lo Imperatore esprime, con grande enfasi, per l'opera compiuta.

9. — Il diritto giustinianeo

In realtà, dunque, il diritto che appare nuovo nella Codificazione di GIUSTINIANO è tale soltanto nella forma, non nella sostanza. Gran parte del ius civile era caduta, ma era appunto quella parte che nel periodo classico era stata sovvertita o almeno paralizzata dal ius honorarium ; era la parte arcaica nei suoi presupposti familiari, economici, sociali, religiosi, politici ; arcaica nella struttura e nelle forme.

Invece le decisioni del ius honorarium, in quanto sostanziali, e quelle del ius gentium rimasero illese, presero anzi il posto del ius civile.

Il ius gentium anzi assorbì la miglior parte del ius civile, perchè scomparsa la differenza nelle forme, che era essenziale, le due categorie si unificarono con la prevalenza del ius gentium.

Tutti i negozi ora sono divenuti causali. La categoria dei negozi astratti del ius civile scomparve (1). La stipulatio offre anche qui un esempio insigne.

La stipulatio, negozio solenne, verbale del ius civile, divenne

---

ritto romano. La prova più certa si ricava dalle costituzioni che vanno sino al principio del IV sec. Nuove indagini compiute con serenità e con metodo debbono chiarire questo punto che assume ogni giorno una maggiore importanza.

(1) Vedi *Z.S.S.*, v. 43, p. 335 ; e ora MITTEIS-WENGER apud SCHM Inst., p. 412 e LENEL D. Literatur Z. a. 1924, c. 241.

nella sostanza una semplice convenzione, scritta ovvero orale. Essa fu assorbita dal « contractus » del ius gentium, da cui ormai non si distingue, e ad essa si aggiuagliò pure il pactum del ius honorarium, il pactum nudum, il quale ora genera pure azione. Tutte queste figure di diritto, che erano nel periodo classico nettamente distinte per i presupposti e per gli effetti, hanno ora la stessa forza e comuni i presupposti e gli effetti. Sono tutti negozi causali, essendo sparite le forme astratte ; sono tutti « conventiones » e nient' altro che « conventiones » con una causa lecita.

Una grande rivoluzione dunque? Certamente, ma una rivoluzione, se così piace definirla, prodotta da uno sviluppo interno e graduale dello stesso diritto romano e preparata dalla stessa giurisprudenza romana ; la quale in proposito aveva già dommaticamente fissato il principio, formulato con eleganza da Pedio : « conventionis verbum generale est » (1) nel senso appunto che quel termine tecnico ricomprendeva tutte le categorie dei negozi del commercio : i solenni del ius civile, i contractus del ius gentium, i pacta del ius honorarium (2). Onde il riconoscimento e poi la prevalenza di quell' elemento generale, comune a tutte quelle figure, portò necessariamente l'annullamento di tutte le differenze e di conseguenza la unificazione di tutte le categorie. Così si svolse e realizzò nello stesso diritto romano, quantunque la formulazione pacifica sia moderna, il principio « ogni convenzione genera obbligazione » (3).

Il nuovo ius civile della compilazione è perciò costituito, come nell' esempio illustrato, dalla aggregazione in unico

---

(1) Fr. 1 § 3 D. II, 14 e i testi che seguono nel titolo, estratti dal l. IV ad Edictum di Ulpiano.

(2) La dimostrazione più estesa nelle mie Letture londinesi ; ma vedi già intorno alla evoluzione della stipulatio e del pactum lo scritto citato nella nota che segue. [Insufficiente su questo punto il Koschaker, p. 40 dello scritto citato sopra, p. 13 n. 1].

(3) Cfr. *Z.S.S.*, v. 43, p. 338 ss.

corpo degli elementi più progrediti — naturali e dommatici — dei tre ordini classici. La prevalenza spettò sempre a quelli del ius gentium e del ius honorarium, che rappresentavano in maniera diretta ed immediata la vita moderna nei suoi presupposti sociali, economici, familiari e spirituali analizzati stupendamente dalla giurisprudenza classica.

L'evoluzione si compì nel periodo postclassico, ma nella stessa direzione segnata e promossa dalla giurisprudenza classica. Anche il processo civile ordinario del periodo classico dovette cedere il posto alla cognitio extraordinaria, perchè questa s'era venuta sempre più allargando in Roma e nelle Provincie. Il passaggio pertanto dall' uno all' altro sistema processuale si compì gradatamente (1); ma di pari passo procedette la formazione di un nuovo diritto rispondente alle esigenze dei tempi e informato esclusivamente ai dettami dell' aequitas. Nella cognitio extraordinaria emerse naturalmente e assunse una funzione direttiva tutto il diritto che si era formato nel periodo precedente nella cognizione dei magistrati.

Il processo di unificazione del diritto, o meglio, di semplificazione, fu uguale per tutti gl' istituti, determinato dalle stesse cause, enunciate sopra ; onde può dirsi in realtà che il nuovo diritto è in sostanza lo stesso diritto romano, di cui i vari componenti si erano ricomposti, rifusi e il tutto semplificato con un'impronta cristiana.

10. — La dommatica del nuovo diritto

In questo rivolgimento del diritto, quella che ne usciva rovinata era la dommatica giuridica, perchè costruita dai veteres

(1) In proposito cfr i. lavori del Wlassak. *Anklage und Streitbefestigung*, p. 176 ss. ; *Zum röm. Provinzialprozess*. p. 34 ss. ; L. Wenger, *Institut. des röm. Zivilprozessrechts*. p. 246 ss., E. Weiss in *Z.S.S.* v. 45. p. 113 ss

e dai classici con i principî e le norme del ius civile, elaborata con logica inflessibile, rispecchiava in maniera eccelsa l'austera disciplina pubblica e privata del popolo romano. I temperamenti, gli sviluppi e, in generale, il progresso del ius civile promosso dalla giurisprudenza non avevano potuto smuovere o alterare le linee generali della dommatica giuridica.

Ma sparito il dualismo tra ius civile e ius honorarium, con l'assoluta prevalenza di quest' ultimo, non solo gl' istituti ma i singoli dommi del ius civile dovevano cadere o perdere almeno il loro carattere generale e inflessibile. Ciò si può constatare in tutti gli istituti, di diritto processuale o di diritto materiale, e cioè in ordine a tutti i principî che dominavano il processo formulare; e poi nel diritto delle persone e di famiglia, in quello ereditario e nel campo dei diritti reali e di obbligazioni. Come era stata larga e intensa l'azione del ius honorarium nel correggere il ius civile, rispetto all' attuazione pratica, così ora, sostituito il ius honorarium al civile in via diretta e costituzionale, gli effetti dommatici dovevano essere immediati e generali.

La dommatica del diritto era tutta da rifare.

Agli artefici della Compilazione mancò non solo il tempo, ma pure la capacità di affrontare questo còmpito. Le scuole non avevano apprestato alcun aiuto in questa direzione. Nuove massime, presunzioni, azioni, nuove categorie giuridiche che rispecchiavano la nuova fase del diritto, si erano piuttosto formate nella pratica rebus ipsis dictantibus.

Ma la pratica rinveniva a dovizia nell' immensa opera della giurisprudenza, riassunta in modo mirabile da Ulpiano e da Paolo nei libri ad Edictum e ad Sabinum, spunti ed elementi d'ogni genere per procedere all' adattamento del diritto alle nuove condizioni, col facile mezzo della semplificazione. E in questo lavoro di ricostruzione, cui doveva attendere giorno per giorno, essa poteva attingere senza alcun limite, liberamente, a tutti gli ordinamenti antichi; al ius civile, al ius

gentium, al ius honorarium e in ispecie alla prassi della cognitio extra ordinem, fissata dai giuristi in numerose trattazioni.

Così, per citare qualche esempio, alla condemnatio pecuniaria del periodo formulare ora si sostituì la condanna nella cosa stessa richiesta dall'attore per qualsiasi titolo, la condanna alla remozione d'un'opera, la condanna a prestare cauzione (1) e così di seguito, appunto come avveniva nella cognitio extra ordinem, in cui il magistrato, in forza del suo imperium, disponeva con mezzi coercitivi l'esecuzione del giudicato.

La esecuzione patrimoniale d'altronde era stata applicata largamente dal pretore in sostituzione di quella civile regolata dalle XII Tavole (2).

Inoltre la sparizione delle formulae doveva produrre effetti sostanziali immediati nell'ordine giuridico. La pratica per distinguere le azioni fu costretta ora a riferirsi al contenuto o alla natura di esse, *(natura actionis, natura contractus)*. Ma questa terminologia non era un'invenzione bizantina, chè essa era già in Gaio, il quale parla appunto di «natura actionis» (IV, 33) e di «natura societatis» (sc. contractus) (III, 149) (3).

Cadute le formulae ficticiae, la tutela accordata dal pretore a quei casi promana ora dallo stesso ius civile; onde quel ius honorarium divenne ius civile. In proposito si hanno applicazioni innumerevoli con conseguenze di straordinaria importanza e in tutti gl'istituti giuridici. Così l'attenuazione delle forme solenni del ius civile procedette in un primo tempo del periodo postclassico per via di presunzioni di diritto; ma in alcuni casi queste avevano surrogato le fictiones usate dal pretore, come ho già accennato sopra (4).

(1) Cfr. fr. 41 D. 5, 1 Pap. XI q. e la dimostrazione particolareggiata su questo punto nella mia «Dotis dictio».

(2) Cfr. Wenger, *Instit. d. Zivilpr.*, p. 223 e il mio articolo «Fusione ecc.», p. 510 ss.

(3) Cfr. *Inst.* 3, 25, 2.

(4) Cfr. sopra p. 24. Di più nella mia opera «Formulae fictitiae» (inedita).

Il riconoscimento della rappresentanza diretta in tutte le applicazioni (cioè: la rappresentanza giudiziaria, quella legale e quella del commercio) non è che una conseguenza meccanica della sparizione delle formulae e in buona parte di formulae ficticiae (1).

Ma inoltre non si deve omettere qui di ricordare che la rappresentanza diretta era riconosciuta nella cognitio extra ordinem. Un esempio riferentesi alla materia annonaria si legge nel fr. 1 § 18 D. 14, 1; e che essa in questa forma libera di cognizione doveva essere applicata in generale a tutti i rapporti del commercio, è una plausibile affermazione del MITTEIS, che rivelò per il primo quell' esempio (2).

Ed ancora, la pratica fu portata naturalmente a sostituire ad azioni pretorie, che apparivano in contrapposto a quelle civili, una stessa azione, la « condictio », che assunse perciò il carattere di un'azione generale, esperibile per qualsiasi causa (3).

Il pareggiamento completo delle actiones directae, utiles e in factum nella extraordinaria cognitio portò l'effetto, non solo che sparita la distinzione facilmente si venne alterando la terminologia, onde quelle utiles del diritto classico spesso appariscono directae, ma inoltre che le figure di diritto del ius civile e del ius gentium assunsero nella loro complessione tutti i casi tutelati dal pretore con actiones utiles o in factum, perdendo così i lineamenti precisi che esse avevano nella dommatica del ius civile e deformandosi in maniera irrimediabile. Un esempio insigne di questa categoria riscontriamo nell' actio negotiorum gestorum, ch'è stata per lungo tempo fertile campo di costruzioni, di tentativi, di congetture che oggi possiamo dichiarare del tutto vani (4).

---

(1) Cfr. *Diritto classico*, p. 620 ss.; *Diritto pretorio e diritto moderno citato sopra*, p. 20 n. 2.

(2) *Z.S.S.*, v. 19, p. 213, Cfr. più oltre c. IV.

(3) Cfr. *Diritto classico*, p. 623 ss.

(4) Cfr. *Diritto classico*, p. 529 ss. e *Rivista di Diritto commerciale*, v. XV.

Naturalmente tutto questo imponente movimento del diritto non poteva essere osservato nè dagli interpreti antichi nè dagli storici del sec. XIX, perchè nel Corpus iuris, ch'è la fonte più larga delle nostre cognizioni, tutte le innovazioni, di cui s'è fatto cenno, se appariscono in contraddizione a massime fondamentali del ius civile, tuttavia, essendo fuse, comunque, nei testi attribuiti ai giureconsulti classici, furono piuttosto in ogni tempo seme fecondo di controversie tra gl'interpreti e per lo più, nei punti dove apparivano in maggior rilievo, ritenute come sviluppi maturatisi nello stesso periodo classico.

Ciò avvenne perchè GIUSTINIANO in buona parte, quanto alla forma, aveva trasfuso nella Compilazione l'ordinamento antico come si trovava nelle opere dei giuristi classici. Perciò nel Corpus iuris i tre ordini : ius civile, ius gentium, ius honorarium vi appariscono ancora in grande risalto, suscitando negli scrittori l'illusione che si dovessero quelle varie fonti ritenere sempre vive e attive. Anche la cognitio extra ordinem vi appare ben distinta e in opposizione a quella ordinaria. L'errore si rinnovò e prese maggiore consistenza nel sec. XIX con gli studi più profondi compiuti dalla scuola storica sul Corpus iuris, mercè il sussidio e la guida di GAIO (1). L'opera della Glossa e dei Commentatori fu trascurata o si pretese di correggerla con nuove interpretazioni dei testi e nuove ricostruzioni degli istituti giurdici. Ma in verità la scuola storica, così operando, interpretava e ricostruiva non già il diritto del Corpus iuris ma il diritto classico. Infatti essa mise sempre più nell' ombra i passi che più chiaramente segnavano gli aspetti del nuovo diritto e interpretava quelli dubbi mettendo nella bilancia l'autorità di GAIO, e più spesso fu indotta a costruire figure di diritto a mezze tinte, in parte con elementi

(1) Cfr. « *Fusione* », p. 521, contro il WLASSAK, *Kritische Studien zur Theorie der Rechtsquellen*. Vedi anche PARTSCH, *Z.S.S.*, v. 44, p. 561.

desunti dal diritto classico, in parte con elementi giustinianei. Risultato: la costruzione di figure irreali e mostruose, che servono solo per gli usi accademici (1).

Oggi questo che è un equivoco madornale si chiarisce, e posso chiarirlo mettendo in evidenza il metodo seguito da GIUSTINIANO nella Compilazione, in confronto all'evoluzione che il diritto aveva subìto nei sec. IV e V, descritta nelle pagine che precedono.

11. — Le interpolazioni giustinianee

GIUSTINIANO non intendeva e non poteva resuscitare il diritto antico con tutte le sue divisioni già morte. Egli dichiara in varie occasioni, a proposito di legati e fedecommessi, di hereditas e bonorum possessio, di dominium ex iure quiritium e in bonis habere, di actiones e interdicta, di actiones directae e utiles e così di seguito, che nel nuovo diritto quelle distinzioni essenziali per il diritto classico, erano scomparse. Tuttavia giustifica la recezione nell' opera della terminologia e delle distinzioni antiche con due motivi cui noi possiamo aggiungere un terzo motivo e cioè:

1). per la grande difficoltà di disintegrare le trattazioni dei giuristi, dense di contenuto e perfette nella struttura formale (2).

2). perchè la fusione del ius civile con il praetorium, o, in generale, di vari istituti similari avrebbe prodotto confusione, mentre gli appariva più congruo e più bello esporre il diritto che vigeva presso gli antichi e notare poi le variazioni successive. Questo metodo fu applicato in modo più diretto e spiccato nelle institutiones (3), ma nei Digesti fu pure adottato quasi normalmente.

---

(1) Cfr. *Z.S.S.*, v. 43, p. 388 ss.; Appendice III: *Interpretazione del Corpus iuris.*

(2) C. Tanta, § 14.

(3) Cfr. C. Imperatoriam § 5: *Inst.* II, 20, 3, e. Tanta § 11.

3). infine, perchè il tentativo fatto dapprincipio dai Commissarii, nei primi titoli del Digesto, di fondere i vari istituti antichi, che s'erano già unificati, dovette essere abbandonato per le difficoltà che presentava e più ancora per la necessità imposta di affrettare il compimento dell' opera (1).

Le interpolazioni messe in evidenza in gran numero nei Digesti rivelano ormai a quali espedienti fecero ricorso i Compilatori per raggiungere nel minimo tempo il risultato più utile.

1). I passi escerpiti dalle opere dei giuristi furono accolti con tutte le modificazioni che erano necessarie, introdotte mediante adiectiones, deminutiones, mutationes (2).

2). Le adiectiones sono più visibili per la lingua e per lo stile oltre che per il contenuto ; ed esse contengono naturalmente il diritto vivo. Ma la sostanza delle aggiunte, e cioè del massimo numero di esse e delle più notevoli, fu desunta dagli stessi esemplari classici, e proviene dai mezzi applicati dal ius honorarium — o dalla fusione di vari istituti — o dalla scelta tra varie decisioni pertinenti ai diversi ordini giuridici — o dalla dottrina più progredita tra quelle esposte dai giuristi — o da sviluppi giurisprudenziali o determinati da rescritti imperiali — o da elementi sostanziali surrogati a quelli processuali o formali — o dalla cognitio extra ordinem e così di seguito.

Altre hanno più particolarmente carattere legislativo, nel senso che le decisioni riferite a casi concreti nei responsi dei giuristi, dovevano assumere un tono generale mediante il rilievo di ipotesi varie, spesso opposte, introdotte con brevi periodi (nisi...) o con distinzioni complicate (si quidem...

(1) Cfr. *Fusione* etcc., p. 518, dove ho esaminato in forma schematica il tit. D. II, 15.

(2) Cfr. c. Haec quae necessario § 2, Tanta § 10.

si vero...) o in forma di regole [generaliter, dicendum est, definiendum est].

Altre furono suggerite dall' etica cristiana.

3). Gli stessi effetti conseguirono i Compilatori con i tagli operati nel mezzo dei passi, dove erano relazioni di controversie (1), distinzioni tra vari ordini giuridici, regole del ius civile con analogie e sviluppi, ormai divenuti antiquati.

Delle soppressioni sono difficili sia l'accertamento, sia la dimostrazione ; ma la loro importanza è straordinaria per la conoscenza del diritto classico. Di esse ho potuto constatare finora pochi esempi, ma notevolissimi (2). Nei fr^i estratti dalle opere classiche di ampia struttura, come le quaestiones,

---

(1) Le forme « *verius est — magis est, placuit, melius est, aequius* » e simili sono di frequente compilatorie, usate appunto per risolvere controversie riferite nei testi o per dar risalto alla dottrina più autorevole, la più recente tra quelle elencate dal giurista.

(2) Cfr. per es. il fr. 4 D. 8, 1 di Papin. quaest. e la mia dissertazione in « *Revue d'histoire du droit* », (Haarlem), v. 3, p. 355 s. E per altro un magnifico esempio, che può servire di modello, è offerto dal confronto del testo Vat. 83 in fine con il fr. 3 § 2 D. 7, 2 di Ulp. 17 ad Sab. Ripeto la parte dei testi che interessa alle nostre osservazioni :

V. F.	Dig.
... et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem, iisdem et nunc [ipso quidem iure non] amittet, [sed praetor secutus exemplum iuris civilis utilem actionem dabit fructuario] ; et ita Neratio et Aristoni videtur et Pomponius probat. [Quamquam Julianus libro XXXV dig. scribat ipsi quidem ius adcrescendi *etc*].	et ipse, quibus modis amitteret ante consolidationem iisdem et nunc . . . . . amittet . . . . . .et ita Neratio et Aristoni videtur et Pomponius probat . . .

Il confronto rivela tagli precisi, netti, compiuti con agilità e che offrono preziosi insegnamenti : soppressa la decisione secondo il ius civile ; sostituita da quella pretoria ; onde fu eliminate il contrapposto tra ius civile e praetorium, la menzione del praetor, dell' actio utilis e di conseguenza anche la controversia tra i giuristi. I nomi dei giuristi, che avevano sostenuto l'ausilio pretorio, restarono al loro posto.

Risultato : una falsificazione dal punto di vista storico e dommatico ; decisione identica dal lato pratico.

la trattazione appare ora in certi punti, specie nell' introduzione, impostata con larghezza, mentre tutt'a un tratto precipita o svanisce.

Un esempio del genere è anche nei V. F. 50 (1).

4). Le mutationes sono evidenti come le aggiunte. Quelle che riguardano la nuova terminologia negli istituti di diritto privato sono presso che tutte note. Attraverso la nuova terminologia si osservano : le figure di diritto e i mezzi processuali scomparsi, la fusione di più istituti, l'alterazione nelle forme e per le cause più varie delle regole di diritto.

5). Notevolissima per il numero e per l'importanza è la categoria dei passi suntati. Da una larga trattazione di un punto di diritto i Compilatori estraevano spesso un sunto, in cui frasi e tratti classici si alternano con elementi formali compilatori. È pure frequente il caso che il sunto ricomprenda vari testi dello stesso giureconsulto o di vari giureconsulti.

Vanno pure annoverate in questa categoria le dislocazioni di brani, di specie diverse, di desisioni contrarie, riassunte in un periodo con un' unica decisione (2).

Molte dottrine fondamentali nella dommatica del Corpus iuris sono esposte in passi suntati, con la forma : *non tantum (solum)... sed* ; ovvero *non minus... quam*, e altre simili (3).

---

(1) S'intende che particolarmente degni di particolare attenzione e d'analisi sono in proposito i libri quaest. e disp. i libri ad Q. Mucium, ad Plaut., etc. Esempi : per le Disp. v. fr. 43 D. 23-3 nella mia «Dictio dotis»; per i libri ad Plautium, ad Minicium v. i miei lavori in B. J. D. R. v. VI, VII, VIII. La soppressione del «non» è pure assai frequente, come l'aggiunta o lo spostamento di esso. Vedi un esempio nella nota che precede.

(2) Cfr. V. F. 70*a* e fr. 9 § 7 D. 7. 1 e il mio lavoro negli studi in onore di B. Brugi, p. 171 ss.

(3) Queste forme non possono essere considerate come caratteristiche dei Bizantini, perchè sono naturali in tutte le lingue per rappresentare nella narrazione o nell' argomentazione lo sviluppo di fatti o di argomenti concatenati. Gaio 2, 210 ne offre un bell' esempio rispetto alla formazione della dottrina del «legatum sinendi modo». Quelli che ho raccolti dal Digesto, sicuramente compilatorî, contengono dottrine di grande importanza ed è bene siano tenuti presenti : 7 § 8 D. 2. 14 – 7 § 12 cod. – 2 D. 2. 15 –

Siffatte dottrine derivano o dalla fusione di vari ordini giuridici, in primo luogo del ius civile col ius praetorium, o dalla pratica della cognitio extra ordinem in opposizione a quella dei iudicia, o da sviluppi giurisprudenziali spesso definiti dall' autorità imperiale, o da dissensi dei giuristi composti dalla pratica o da GIUSTINIANO; raramente dall' innesto di elementi classici con norme e consuetudini provinciali prevalse nel periodo postclassico.

Un esempio di quest' ultima categoria si potrebbe vedere nella celebre l. quod conclave [fr. 47 D. 39. 2] in cui si riconosce la proprietà separata di piani d'un edificio, in opposizione al principio del ius civile: superficies solo cedit (1), ma in armonia, è bene avvertirlo, a istituti e mezzi del diritto pretorio.

6). I Compilatori formularono direttamente un numero considerevole di testi brevi, che si rinvengono disseminati in tutti i titoli dei Digesti e del Codice. Essi contengono massime o decisioni del nuovo diritto e rappresentano la sintesi della fusione dei vari ordini giuridici, o comunque il risultato definitivo della evoluzione del diritto operatasi negli ultimi secoli. Questi passi hanno molto rilievo nella Compilazione e sono per lo più collocati nel principio dei titoli. Il loro numero è considerevole e dànno il tono all'opera legislativa. Così i fr[i] 1 e 2 D. 37, 1 dichiarano la perfetta fusione fra hereditas e

---

3 § 10 D. 3.5 — 9 § 1 D. 11. 1 — 9 § 6 D. eod — 1 § 14 D. 16, 3 — 18 pr. D. 23, 5 — 14 D. 24, 1 - 3 § 11 D. 34. 4 — 22 D. 34, 3 — 1 § 2 D. 38, 15 — 3 D. 44, 2 — 47 D. 39, 2 — 24 § 8 D. 40. 5 — 31 D. 44, 7 — 38 D. eod — 1 § 2 D. 45, 1, Cfr. *Dir. Class.*, p. 521 n. 1 e *Z.S.S.*, v. 43, p. 311, n. 1; per il fr. 22 D. 34, 3 vedi più oltre p. 134; pel fr. 24 § 8 D. 40-5 vedi p. 85 n. 1.

(1) Cfr. *Diritto classico*, p. 515 ss. e *Revue d'histoire du droit cit.*, p. 347. — Noto che GIUSTINIANO espressamente nella c. Deo auctore § 10 impose ai Commissari di attenersi rigorosamente alla prassi dei tribunali e alle consuetudini di Costantinopoli in luogo dei principî e delle norme diritto caduti in desuetudine. Il numero di queste consuetudini prevelenti può essere più o meno grande nel Corpus iuris, sena. che perciò resti mutata o alternata la struttura organica del diritto romano contenuto nelle opere dei giuristi. Norme singole sono sempre variabili all' infinito.

bonorum possessio (1), attuata in molti altri testi, mentre poi i due istituti hanno ancora titoli separati e appariscono ancora nettamente distinti in tutto il corso dell' opera.

Non si computano in questa categoria i passi brevissimi inseriti come appendici ai precedenti, e che sono in realtà integrativi di essi, estratti sostanzialmente da trattazioni parallele delle opere classiche.

Non è necessario rilevare che specialmente i testi più lunghi, ma spesso anche quelli brevi, presentano tutte le forme d'interpolazioni or ora descritte, le quali erano necessarie per l'ammodernamento e sopratutto per la concentrazione di essi.

---

(1) Cito a preferenza di altri quest' esempio, perchè il WLASSAK in una cortese lettera mi opponeva appunto quei due istituti per negare nei Digesti e nel Codice la fusione del ius civile con l'honorarium ; la quale per il diritto ereditario, egli diceva, fu da GIUSTINIANO attuata soltanto nelle *Novelle*. A quest' osservazione risponderò più oltre (cfr. p. 47). Ma qui aggiungo che nè il WLASSAK, nè la critica contemporanea hanno valutato la forza che il fr. 2 cit. ha nella Compilazione. Il periodo, infatti, « *in omnibus* enim vice heredum bonorum possessores habentur », ha la stessa forza del fr. 1 D. 30 che dichiara « *per omnia* exaequata legata fideicommissis ». Ed anche per il fr. 2 cit. (cfr. anche fr. 117, D. 50, 17) i testi classici offrivano spunti precisi ; cfr. GAI IV, 111 : « imitatur ius legitimum.... quales sunt eae (actiones), quas bonorum possessoribus ceterisque qui heredis loco sunt accomodat ». Il pareggiamento completo *in omnibus* e nella sostanza del diritto avvenne naturalmente nel periodo postclassico, con la scomparsa delle formulae ficticiae. Cfr. *Diritto Classico*, p. 602 e sopra p. 27.

Altri passi sono notevoli in proposito. Così J. III, 9 pr. *sed et hic (a) nostra constitutione hodie recte heres instituitur, quasi et iure civili non incognitus.* Il testo, ricordato il contrasto tra ius civile e honorarium a riguardo della istituzione dell' « alienus postumus » vuol esprimere in quel periodo il concetto che la costituzione di GIUSTINIANO nulla aveva innovato, perchè la Bonorum Possessio imitava già il ius civile, onde in realtà la qualità di heres in quel caso poteva dirsi non ignota al ius civile. Insomma, qui come in tutti i casi, manca la visione generale del fenomeno e quindi la formulazione legislativa corrispondente, ma rispetto ai singoli casi la constatazione di esso è precisa. Motivo, l'assoluta mancanza di elaborazione teorica da parte delle scuole nel periodo postclassico ; infatti se quei « Maestri dell' Universo » non videro questi fenomeni così abbaglianti della pratica postclassica, che contributo poterono mai apportare alla formazione del nuovo diritto? Cfr. più oltre, p. 44 e p. 138.

E GIUSTINIANO lo annunzia ripetutamente: *quae omnia collecta sunt substantia amplissima congregata* (1).

12. — Altri problemi concernenti la composizione dei Digesti

Altri problemi relativi alla tecnica e all' esecuzione materiale delle interpolazioni, debbono per ora essere tenuti in sospeso. È ovvio infatti che per dare una risposta che non sia campata in aria alle tante domande che si sono fatte in proposito: provengono le interpolazioni tutte dai Compilatori? furono eseguite dalle sottocommissioni nel momento di escerpire i testi? dalla commissione plenaria? da un'apposita sottocommissione? in quale momento? e, inoltre, furono le tre masse del BLUHME trattate ugualmente dagli interpolatori? (2) per rispondere, dico, a queste domande è necessario prima conoscere intrinsecamente e isolare con la maggiore precisione possibile le stesse interpolazioni. La analisi più profonda dei passi del Corpus iuris, come io la intendo, dev' essere preliminare. I passi sono divenuti poliedrici, tutti sono più densi di significati ancora da scoprire. Finora mal si distinguono interpolazioni da glosse, ed è significativo che nell' edizione dei Digesti del MOMMSEN e nella Palingenesia del LENEL innovazioni di grande rilievo introdotte nei testi da GIUSTINIANO sono erase come glosse. La critica più recente non ha fatto alcun progresso (3).

Tuttavia dalle constatazioni riferite sopra, che sono il frutto di lunghe e ripetute osservazioni, a me pare si possano desumere

---

(1) C. Tanta § 17.

(2) Cfr. di recente SCIALOJA in Studi PEROZZI, p. 411 e ivi citati.

(3) Cito due soli esempî: fr. 5 D. 2, 15: *quae ex consensu redditur*, glossa secondo il LENEL *Z.S.S.*, v. 39, p. 128, vedi contro *Z.S.S.*, 43, p. 285; fr. 9 § 3 D. 2, 15: *id de quo cogitatum non est*, Rotondi, Opp. I, p. 474 dichiara la frase veramente tipica come glossema (!) v. contra *Z.S.S.* 43, p. 286. L'elenco potrebbe continuare per un buon tratto.

le seguenti risposte, che dovrebbero almeno esser considerate come esperienze da tenere presenti nelle successive indagini.

1). Le interpolazioni eseguite in maniera meccanica sul ricco e complesso materiale classico hanno essenzialmente uno scopo semplificativo ; per la forma appariscono eseguite con un metodo costante di schemi, di frasi, di parole, di sunti di tagli e anche costante è il criterio che determina la collocazione dei testi.

2). Il confronto tra i passi di cui possediamo due redazioni, una pregiustinianea e l'altra nella Compilazione, ovvero l'una e l'altra nel Corpus iuris con varianti, accerta quel che ho asserito or ora, cioè il carattere semplificativo e quasi unicamente formale delle innovazioni giustinianee (1).

3). Le sottocommissioni poterono nell' escerpire i testi essere autorizzate a eliminare brani anche nel contesto dei passi, per il loro contenuto di ius civile e perciò antiquato ; poterono anche surrogare termini tecnici del nuovo diritto a quelli caduti in desuetudine o aboliti da leggi, ma certamente non esercitare una più larga attività nel rammodernare i passi.

4). L'opera legislativa dovette essere compiuta da una Commissione coordinatrice. È più facile supporre che questa,

---

(1) Vedi in proposito in bell' articolo del BUCKLAND : *The Interpolations in the Digest* apparso in *the Yale-Law Journal*, Febbr. 1924. Noto per altro che accanto ai risultati notevolissimi e agli acuti rilievi che il B. offre nella dissertazione, la sua adesione al COLLINET, per quanto in forma assai tenue, non è giustificata. [Vedi però ora quel che il B. scrive in *Revue Hist. de droit Fr. et Etr.*, v. IV, 4 Ser., p. 368 : « parmi les textes conservés au Digeste... la plupart n'ont pas subi de changements de fond, mais presque tous des modifications dans l'expression ». Questo giudizio corrisponde perfettamente alla mia esperienza, ed io devo compiacermi che esso guadagna terreno ogni giorno : cfr. KOSCHAKER, nello scritto citato sopra ap. 14 n. 1· e W. RECHNITZ, *Studien zu Salvius Julianus*, specialmente, p. 12, 24 e passim]. Seguendo l'esempio del BUCKLAND, il mio discepolo Dottor LAURO CHIAZZESE attende ora a raccogliere e ordinare i passi paralleli col proposito di presentare i risultati in un quadro analitico che serva ai fini della critica del Corpus iuris.

presieduta da Triboniano e composta dai migliori elementi della Commissione generale, si sia dedicata sin dall' inizio a rivedere e ammodernare il materiale escerpito a mano a mano che le era trasmesso, a coordinarlo e a redigere insieme le costituzioni che furono emanate durante il periodo della Codificazione. Così si spiega che il lavoro presenta nel complesso una grande uniformità, si spiegano le interpolazioni coordinate in passi estratti da masse diverse (1), le dislocazioni di periodi, il numero considerevole dei passi brevi, a guisa di appendici, le varianti nelle interpolazioni d'un medesimo testo ripetuto in diversi titoli e determinate dalla natura del titolo stesso (2) e sopratutto si spiega la rapidità dell' esecuzione dell' opera e la sua riuscita. Ma checchè sia di ciò, questo va notato, che i Commissari avevano in generale buona conoscenza dello stato del nuovo diritto ed avevano coscienza dell' evoluzione che si era compiuta e delle cause che l'avevano determinata e diretta (3). Essi non si richiamano in alcun luogo e per nessuna dottrina ai Maestri e alle scuole orientali. Sapevano di codificare il diritto romano vigente al loro tempo, come si era rifuso e ricomposto nella pratica giudiziaria. Nell' Occidente, come appare specialmente dai testi Visigotici, il diritto aveva percorso la stessa evoluzione e le interpolazioni molto spesso coincidono sia nella Compilazione, sia nelle opere e collezioni occidentali pregiustinianee (4).

E la spiegazione che io ne do apparirà più evidente ove si consideri che l'equazione si presenta più chiara e più costante

---

(1) Un notevole esempio in *Diritto classico*, p. 203 ss. che riguarda i fr[1] 14 e 29 D. X. 3, il primo estratto da Paul, 3 ad Plaut, il secondo da Paul, 2 quaest.

(2) Cfr. già quanto scrissi in *Z.S.S.*, v. 35, p. 287, n. 2 e più oltre (c. II ...) l'esame dei fr[1] 24 D. 35, 1 e 161 D. 50, 17.

(3) Cfr. *Fusione*, p. 503 dove ho esaminato i testi più espressivi, cioè J. II, 10, 3 e III, 13 pr. Cfr. inoltre J. III, 9 pr. e sopra p. 41 n. 1.

(4) Queste coincidenze non si sono spiegate finora. Alcuno ha tentato di ricondurne l'origine alle scuole d'Oriente, vedi sopra p. 2, n. 1.

nei punti che riguardano le forme degli atti, il valore della scrittura come mezzo di prova e in generale le massime fondamentali che dovettero essere subito formulate nella pratica giudiziaria del periodo postclassico, sia nell' Oriente che nell' Occidente (1).

In definitiva, i Commissari credettero di assolvere compiutamente il loro cômpito adattando il meglio del materiale antico allo stato del nuovo diritto con quei mezzi e con quegli espedienti sopra descritti.

Riuscirono in tal modo a ridurre a 1 /20 tre milioni di righe, quante erano nelle opere dei giuristi avute a disposizione, che lessero ed escerpirono direttamente : e riuscirono, in complesso, a riprodurre nell' opera legislativa i caratteri essenziali del nuovo diritto.

La dimostrazione più diretta e definitiva la possiamo ora desumere dall' analisi che ne fecero i Glossatori e i Commentatori italiani, che furono i primi e i veri interpreti del Corpus iuris. Infatti solo dopo il Mille s'inizia il lavoro di ricostruzione del diritto tramandato da GIUSTINIANO e l'opera proseguita con mirabile alacrità sino al sec. XV mise alla luce il vero contenuto della Compilazione e pose i fondamenti del diritto moderno, che si diffuse gradatamente per tutta Europa (1).

Sotto questo aspetto dunque, lo studio delle interpolazioni ha messo in maggior rilievo il valore della Glossa e dei commentatori italiani ; dacchè la ricostruzione scientifica delle dottrine giuridiche che si vien facendo del diritto giustinianeo in base alle interpolazioni corrisponde, in gran parte, ai risultati e alle dottrine fissati dalla Glossa. La differenza è solo in ciò, che coi mezzi che noi possediamo e con l'analisi più com-

---

(1) Cfr. per la forma della stipulatio PAUL. S. V. 7. 2 e i passi corrispondenti del Corpus iuris riportati in *Z.S.S.*, v. 35, p. 277 ss. Per il diritto delle prove cfr. *Z.S.S.*, v. 34, p. 231 ss. Per la trasmissibilità di rapporti sotto condizione all' heres vedi V. F. 45 e l'articolo in Studi PEROZZI, p. 350 ss.

(2) Cfr. VINOGRADOFF : *Il Diritto romano nell' Europa medievale* (trad. RICCOBONO), 1914.

piuta dei testi che ci è consentita, quelle stesse dottrine ci appariscono semplici ed agili, del tutto purificate dalle controversie, dai dubbi e dallo apparato di conciliazioni, che per tanti secoli infestarono la nostra scienza.

Con ciò non voglio dire che l'opera sia uscita perfetta dalle mani di GIUSTINIANO e dei suoi collaboratori. Le imperfezioni sono anzi manifeste. Considerata come un Codice era troppo vasta, aveva impronta e struttura arcaiche, era folta di contraddizioni. Ma essa, in compenso, aveva pure grande valore come antologia storica e di sapienza giuridica, aspetti che furono certamente tenuti in considerazione dai suoi artefici.

La rapidità della sua esecuzione si spiega ora facilmente; perchè essa era il risultato d'un lavoro meccanico, riassuntivo di un grande materiale, compiuto con intelligenza (1). I libri Inst. in confronto a quelli di GAIO, rivelano più diretta-

(1) La critica contemporanea ha impiegato grandi sforzi per veder meglio i segreti della composizione dei Digesti, ma con risultati scarsi e quasi nulli. Infatti essa ha abbandonato i punti di appoggio che offre GIUSTINIANO nelle sue costituzioni ed ha voluto anzi negare la veridicità delle notizie che in esse si trovano [cfr. H. KRÜGER *Die Herstellung der Digesten Justinians und der Gang der Exzerption*, Münster 1922 e la ricca letteratura ivi citata]. Per fortuna l'opinione dominante non si è allontanata nemmeno ora dalla tradizione ufficiale, che fu nel principio del sec. XIX magnificamente riaffermata dalla scoperta del Bluhme concernente la divisione del lavoro preparatorio tra le sottocommissioni e l'ordinamento dei testi nei titoli del Digesto. La scoperta del Bluhme è sicura, come semplice constatazione di fatti esteriori. Le esperienze riferite in questo lavoro la confermano in ogni sua parte e in particolare confermano il fatto che i Commissari escerpirono e ammodernarono tutto il materiale dalle opere dei classici. Il sussidio apprestato da glosse, collezioni, commenti del periodo postclassico potrà anche supporsi notevole per l'accertamento del nuovo diritto, ma non molto valutabile per la redazione materiale dei testi legislativi, i quali piuttosto portano spiccata l'impronta del lavoro della Commissione legislativa. Questo giudizio deve essere accentuato contro le conclusioni di H. KRÜGER, l. c., p. 57 e degli autori ivi citati. Del resto per procedere ad ulteriori accertamenti è necessario avere prima una buona conoscenza delle dottrine dei classici e dei fattori dell'evoluzione del diritto romano, di cui in questa dissertazione ho dato un saggio.

mente il metodo e la natura del lavoro (1). Nelle Novellae leges GIUSTINIANO potè affrontare il definitivo riordinamento di alcuni istituti, liberandoli da tutti gli elementi arcaici. Così per es. nel campo del diritto ereditario. Il che spiega il fatto, che apparve sorprendente a prima vista, cioè che riforme generali e fondamentali attuate da GIUSTINIANO nelle Novelle, rispondono esattamente a innovazioni introdotte nei testi classici del Digesto e del Codice (2). La ragione è evidente, dacchè il diritto aveva assunto già quella nuova forma, ma nel Digesto e nel Codice non poteva manifestarsi che a sprazzi, impacciato dalla imponente tradizione classica che vi appare ancora in grande rilievo per i motivi già esposti.

Il valore infine della Compilazione di GIUSTINIANO è reso manifesto dall' azione che l'opera ha esercitata nel mondo per la propagazione della civiltà (3). Essa ha trasportato attraverso il mondo e tra le più varie vicende il diritto creato dal genio di Roma ed insieme tutta la sua storia.

---

(1) Parole, forme e mezzi usati dai compilatori nelle interpolazioni sono ormai abbastanza noti, nè occorre farne alcun cenno. Credo sarebbe molto utile la compilazione d'un manuale, sul tipo del celebre libro del GRADENWITZ, che presentasse una ordinata selezione del ricco materiale accumulato. Il RECHNITZ nel lavoro citato a p. 43 ha richiamato l'attenzione sulle clausole nella prosa dei giuristi per scovrire o controllare le alterazioni dei testi classici. Attendiamo esperienze più probanti, che potrebbero essere fornite dai passi gaiani accolti nei Digesti. Il R. inoltre suppone spesso mutata la costruzione diretta in quella indiretta; egli restituisce così molti passi [cfr. p. 21, 23, 24, 33, 49, 41, 75], ma in tutti quei casi i difetti dei testi possono spiegarsi altrimenti. Che l'uno e l'altro criterio possano arrecare un valido sussidio alla critica dei testi è da escludere.

(2) Cfr. GRADENWITZ, *Interpolat.*, p. 9 e sopra p. 41. Tra i molti esempî mi piace rilevare quello che concerne il «pactum usurarum» esaminato nella *Z.S.S.*, v. 43, p. 359 ss.

(3) Un giudizio ben adeguato, che era per altro tradizionale, è dato ora anche da E. GRUPE « Kaiser Justinian », 1923, nella collezione *Wissenschaft und Bildung*.

13. — La prevalenza dell' equità nel nuovo diritto romano e confronto col diritto inglese

L'evoluzione del diritto romano tracciata a larghe linee in queste pagine è d'una grande evidenza e semplicità. Esplicite attestazioni contenute nel Corpus iuris e l'analisi che si vien facendo del suo contenuto la mettono in bella luce. Riscontri storici la rendono inoltre plausibile sotto ogni aspetto.

Quello stesso processo, infatti, di fusione e di semplificazione del diritto, che abbiamo osservato in Roma, si ripete oggi in certo senso in Inghilterra, dove la distinzione di Courts of common Law e Courts of Equity presentava un'analogia sostanziale e formale con le distinzioni romane : ius civile ed aequitas, stricta iudicia e bonae fidei iudicia.

Ebbene, anche nel diritto inglese la distinzione profonda tra i due ordini giudiziari si venne a grado a grado attenuando (1) finchè con gli Indicature Acts del 1873-1875 si compie la fusione di equity e law. L'equità naturalmente assume nella fusione un posto prevalente, come appare dalla disposizione contenuta nella chiusa della Sezione 25ª dal citato Act del 1873, che è così formulata :

« Generally in all matters not hereinbefore particularly mentioned, in wich there is any conflict or variance between the rules of equity and the rules of the common law with reference to the same matter, the rules of the equity shall prevail ».

Sorprendente anche in questo punto è l'analogia con l'evoluzione e con le leggi romane.

Gl'Imperatori Costantino e Licinio nell' anno 314 affermarono pure la prevalenza dell' equità sul diritto stretto con la solenne dichiarazione contenuta nella c. 8 Cod. III. 1 : « Pla-

(1) La mia attenzione fu richiamata su questo confronto dall' amico e collega di Oxford prof. DE ZULUETA cui mi è caro render qui i più sentiti ringraziamenti.

cuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem ».

Che la legge di Costantino possa aver subìto per opera dei Compilatori una generalizzazione (in omnibus rebus !) non ha importanza. Essa si riferiva forse nell' originale a casi di libertà, come il KRÜGER suppone (1).

Ma in ogni modo è certo :

a) che nel corso dei secoli IV e V la prevalenza dell' aequitas sul ius si affermò nella maniera più decisa. Lo stesso Costantino infatti nella c. 3 C. Th. 1, 5 dell' anno 331 considera aequitas come equivalente a ius iustitiaque. La norma generale fu poi formulata dai Compilatori, in conformità al precedente sviluppo del diritto e inserita nel

fr. 90. R. J.... *in omnibus quidem maxime tamen in iure, aequitas spectanda est.*

Si tratta di un testo isolato (2), certamente compilatorio.

b) che l'assoluta prevalenza dell' aequitas sul ius procedette dallo sviluppo organico degli ordinamenti romani. Ora possiamo anzi di essa determinare la causa e fissare la data in cui l'evoluzione si conchiuse. E causa e data sono segnate : dallo allargarsi della cognitio extra ordinem in concorrenza e poi ad esclusione di quella ordinaria, dalla scomparsa del pretore e poi delle formulae nella prima metà del IV sec. d. C. ; che costituiscono presi insieme gli avvenimenti più decisivi dell' evoluzione del diritto romano verificatasi in quest' ultima fase della sua storia. Allora si compì da per se stessa la fusione di tutti gli ordinamenti romani in un unico corpo di diritto ; e si compì naturalmente nella pratica giudiziaria, per opera dei

---

(1) Cfr. c. 3 Cod. 7, 22 richiamata dal KRÜGER, e d'altra parte vedi la c. 1 Cod. 1, 14 dell' A. 316, la quale è in contrasto con la massima generale contenuta nella c. 8 cit. PRINGSHEIM *Z.S.S.*, v. 42, p. 657, n. 5.

La frase *in omnibus...* è molto usata dai compilatori, e serve, come il *generaliter...* alla formulazione di principi e norme risultanti dallo sviluppo del diritto.

(2) LENEL, Pal. Pauli n. 1399, PRINGSHEIM, l. c. 644, n. 4.

giudici, i quali avendo ereditato ed assunto i poteri del pretore, potevano e dovevano in tutti i iudicia attuare l'aequitas. L'esaltazione del ius honorarium al posto del ius civile portava necessariamente quell' effetto. E rispetto poi alla stessa funzione dell' aequitas nel nuovo ordine giuridico l'effetto doveva essere pure immediato, necessario, percettibile, come già apparve nell' epoca costantiniana.

L'aequitas era divenuta ormai la sostanza di tutto l'ordinamento giuridico, era divenuta ius, il diritto per eccellenza : ius aequum. Lo antico ius civile apparve di consequenza strictum, cioè angusto, rigoroso perchè arcaico, rispetto ai nuovi tempi.

Nella storia, come in natura, non vi sono salti. I precedenti e il processo di sviluppo nel periodo classico ci sono noti e furono valutati sopra (1). Anche l'influsso della dottrina aristotelica sulla natura ed essenza del diritto e dello aequum è visibile in CICERONE e nei giureconsulti romani. Perciò le conclusioni del PRINGSHEIM che ha esaminato il fenomeno della prevalenza dell' aequitas sul ius nella Compilazione di GIUSTINIANO, sono radicalmente erronee. Ma di questo lavoro vorrò occuparmi in un' Appendice (2), perchè il problema posto in discussione ha nell' ambito delle nostre ricerche importanza fondamentale.

Qui è opportuno notare che lo stesso processo evolutivo si è manifestato nel diritto inglese, conchiuso con i Iudicature Acts del 1873-1875. Queste leggi stabilirono pure un nuovo ordinamento del diritto processuale, per cui ai giudici furono conferiti larghi poteri discrezionali ; onde anche in Inghilterra, come nella cognitio extraordinaria del Basso Impero, venne meno l'importanza delle forme dell' azione (3).

---

(1) Cfr. p. 17 ss.
(2) Vedi Appendice I a pag. 53.
(3) Cfr. F. W. MAITLAND, Equity (a. 1920).

Questo riscontro storico sarà meglio apprezzato dai giuristi inglesi, i quali potranno informarci più precisamente sul corso dello sviluppo della Equity in confronto alla law (1).

Ma certamente, lo storico del diritto romano, trova in questo riscontro un monito a non obliare certe leggi universali dell' evoluzione del diritto. Molti ancora parlano del rigido senso del diritto proprio ai Romani e si rappresentano questo carattere così intrinseco alla natura del diritto e del popolo di Roma da renderlo insuscettibile di nuovi sviluppi e di adattamenti. Perciò essi hanno supposto che a spezzarne la tempra inflessibile dovettero intervenire nuove potentissime forze d'un'altra civiltà. Così giudicando, essi considerano però solo il ius civile, che in verità, in generale, conservò la sua impronta arcaica e la rigidezza delle forme. Ma conservò quell' impronta soltanto nella figura, esteriormente, non nella sua essenza. Perchè lo stesso ius civile — a parte l'influsso della cognitio extra ordinem (2) e l'azione del pretore — a contatto della realtà si venne mitigando e mercè l'influsso delle dottrine dei Greci fu ricondotto ben presto a forme più adeguate agli interessi degli uomini e al progresso della civiltà.

Che l'ultima fase dello sviluppo si sia compiuta in Roma e in Inghilterra in modo identico, attraverso riforme processuali, è un fatto notabile.

14. — Conclusione

Credo di poter conchiudere ora, dopo questa rapida esposizione, affermando che il mistero del precipitoso mutamento

(1) Io non sono in grado d'intendere la trepidanza manifestata dal giudice Lord Aktin nel suo breve discorso del 12 Luglio 1924 in Oxford, in occasione del convegno annuale della « Society of public Teachers of Law », trattando il tema « Il futuro sviluppo del diritto inglese », Egli disse « As to Equity, I speak with same trepidation but its principles are, I think, equally elastic ». Cfr. *Journal of the Society etcc.*, a. 1925, p. 12.

(2) Cfr. più oltre i cc. II-III di questa dissertazione.

del diritto nel periodo da Costantino a Giustiniano si deve considerare ormai svelato. Si tratta in realtà di una vera semplificazione di un ordinamento giuridico assai complesso formatosi in Roma per condizioni storiche specialissime e che non poteva sussistere più a lungo delle medesime condizioni che l'avevano prodotto. Nel processo di semplificazione emersero e sopravvissero naturalmente gli elementi più progrediti: il ius honorarium, in confronto al ius civile; il ius aequum in confronto al ius strictum.

Questa spiegazione è pertanto idonea a risolvere d'un colpo tutti i problemi concernenti la evoluzione del diritto romano, serve in modo più diretto per la critica e per la interpretazione del Corpus iuris e serve ancora per la valutazione degli istituti di diritto moderno che hanno la loro base larga nel diritto romano.

Ripetuti esperimenti fatti su singoli istituti giustificano la mia convinzione e la mia fede. Naturalmente in questo luogo dovevo astenermi dall' addurre esempi e dall' indugiarmi in dimostrazioni particolari, che sono per altro contenuti a dovizia nei miei scritti (1).

Qui debbo ricordare invece, che il processo storico delineato in queste pagine era stato nel sec. XIX intuito, o meglio genericamente notato, dai migliori storici del diritto, in primo luogo dal Savigny e poi dal Karlowa e dal Voigt, in Inghilterra dal Muirhead (2) seguito in America dallo Scherman (3).

Ma, com'è ovvio, questi scrittori si erano poggiati esclusivamente sulle costituzioni di Giustiniano e sui pochi passi che fin dalla Glossa o fin dal sec. XVI erano stati riconosciuti interpolati. Perciò quando il Digesto apparve, a ragione o a torto, una selva d'interpolazioni, opera più di Giustiniano che dei giureconsulti classici, quella spiegazione del mutamento del

(1) Vedi Appendice II.

(2) *Historical Introduction to the private Law of Rome*, 2 ediz., p. 361.

(3) *Roman Law in the modern World*, v. 1, § 122, p. 105.

diritto, si ritenne senza alcun valore. E allora la critica guardò attorno per trovare qualche cosa di meglio, di più complesso, di più recondito, e, come spesso accade, spregiando gli elementi di conoscenza più immediati e più decisivi, si ritrovò, come dice il Poeta « per una selva oscura — chè la diritta via era smarrita ».

E tra le vie che non spuntano, questi scrittori disorientati scelsero la peggiore che mena ad un abisso. Così poterono gabellare come creazione bizantina, e di scuole bizantine, la parte migliore, più moderna del diritto romano, che per il suo valore intrinseco continua a reggere il mondo; e per far ciò non ebbero ritegno di spezzare in due con un taglio brutale la vita rigogliosa e la storia del diritto creato da Roma.

APPENDICE I.

Ius strictum — ius aequum

Nella letteratura romana la distinzione tra ius e aequitas apparisce costante e il più delle volte in un rapporto di opposizione. Spesso, per altro, anche nel mondo classico, l'aequitas è considerata come la suprema finalità del ius, cui si congiunge nella frase iuris aequitatisque per indicare che nella compenetrazione dei due elementi è riposta la realizzazione della idea del diritto (1).

Noi abbiamo visto già che nel periodo postclassico l'aequitas riuscì a prevalere sul ius e indicato il processo storico e le ragioni di questa prevalenza. La conclusione, cui sono pervenuto, sostanzialmente nulla ha di nuovo: ma oso lusingarmi che il fenomeno apparisca ora storicamente illus-

(1) Vedi intanto i passi ciceroniani in Merguet sotto la voce: aequitas. Così Inv. II 156: in iudiciali genere finem esse aequitatem; Caecin. 78: qui (*sc.* C. Aquilius) iuris civilis rationem nunquam ab aequitate seiunxerit; Inv. II, 12; de or. I, 73; I, 240.

trato in tutti i suoi aspetti, sia in ordine alle cause sia in ordine al tempo in cui si conchiuse.

Gli storici del sec. XIX non avevano potuto precisare questi punti, perchè non conoscendo essi gli elementi interpolatizi dei testi del Corpus iuris, avevano indicato il sec. II come termine dello sviluppo e il ius honorarium come la unica forza attiva che lo aveva prodotto (1).

La differenza non è grave e il motivo di essa, come ho detto, è palese.

Oggi però il diritto romano traversa una crisi difficile che non sappiamo ancora vedere quando potrà risolversi. Tutti i punti di diritto, generali e speciali, sono sottoposti a revisione, la quale, condotta, con quel metodo che imperversa nei nostri studi, riesce sempre allo stesso risultato, ad attribuire ai Bizantini tutti i punti, generali o speciali, che appariscono nel Corpus iuris inconciliabili a vista col sistema dell' antico ius civile. Nato questo metodo fuori d'Italia, oggi domina pure in Italia ; e i giovani scrittori, non solo lo seguono coll' importare tra noi, ricopiando, quei prodotti, ma fanno a gara per superare gli stranieri ; senza avvertire, con vera incoscienza, che essi conducono alla demolizione della più splendida eredità che Roma ci ha trasmessa. Come si spiega tutto questo?

Ho già accennato che la causa più appariscente è nella fretta d'aver voluto dare una spiegazione di quell' ingente numero di interpolazioni messe in luce nel principio di questo secolo. Ma in parte dipende anche dalla infatuazione del nuovo, soltanto perchè nuovo; ed in parte vi contribuisce la crescente fretta e leggerezza negli studi ; ed in massima parte poi l'abbandono dello studio delle dottrine giuridiche per sè stesse e della storia delle dottrine nel periodo della giurisprudenza classica, mentre la caccia alle interpolazioni, che dovrebbero essere osservate solo come mezzo d'indagini, è divenuta il compito precipuo che gli scrittori si prefiggono nel campo dei nostri

(1) Cfr. Bryce (citato più avanti), p. 59.

studi. E siccome ad alcuno non è mancato il successo, così la gara si è aperta per conseguire il successo più clamoroso e immediato, come avviene tra gli autori di commedie. Ma questi critici così operando hanno obliato che le esigenze della scienza del diritto sono ben diverse. Ed hanno obliato poi, che, se il Diritto, come norma e come scienza, fu un mezzo d'imperio con cui Roma continuò a governare il mondo, esso deve avere una forza formidabile e irresistibile, intrinseca. La quale scaturisce dai suoi principi fondamentali, dall' adeguazione più perfetta di essi alla vita, alle leggi fondamentali delle relazioni umane, che hanno un fondo immutabile. E quelle leggi furono scoperte dal pretore e dalla giurisprudenza romana, per via di esperienza, attraverso prove e riprove, mutamenti, adattamenti e sviluppi suggeriti dall' osservazione quotidiana della vita stessa.

Il sistema giuridico romano è perciò di formazione naturalistica. Che sia nella sua parte migliore, più vitale, un prodotto di scuola, di speculazione filosofica è assurdo pensarlo. Piuttosto, il pretore e la giurisprudenza nella loro opera assidua e organica attinsero elementi da ogni dove, da esperienze, consuetudini, dottrine di altri popoli, specialmente dei Greci, che seppero utilizzare con magistero d'arte nell' elaborazione del fenomeno giuridico.

Con ciò è detto che se esistono coincidenze tra le dottrine dei giuristi e quelle della filosofia greca, non ne deriva punto che l'innesto di quest' ultime nell' organismo del diritto debba ricondursi soltanto alle scuole bizantine.

Per le stesse ragioni il formidabile apparato papirologico che è venuto a fomentare e corroborare i nuovi metodi d'indagini e le affrettate conclusioni rispetto all' influsso delle consuetudini orientali sul diritto del Basso Impero e più particolarmente sulla Codificazione giustinianea, è sommamente inadeguato a quel fine e spesso incerto ed ingannevole (1).

---

(1) In proposito vedi lo scritto del MITTEIS, citato sopra, p. 7 n. 3.

Insomma, nell' interpretazione del Corpus iuris non si può dare a quei sussidi e a quelle rievocazioni storiche una parte preponderante, per stabilire la genesi delle norme e il processo evolutivo del diritto. L'errore è fondamentale.

E non è particolare alla nostra scienza, chè negli stessi termini si ripete nell' architettura. Bisogna leggere negli scritti del GIOVANNONI (1), che sostiene in quel campo una strenua lotta come quella che io sostengo rispetto alla giurisprudenza, quel che si dice dell' architettura. Anche qui scrittori antiromani, che divengono sempre più aggressivi ed audaci, vogliono vedere nella cupola del Pantheon una concezione orientale, e, di più, ricercano le sorgenti dell' architettura bizantina e poi di quella romanica lungi da Roma, nei monumenti dell' Asia Minore, nella Persia e nella Mesopotamia.

Proprio quel che avviene nel diritto. Un esempio perspicuo lo rinveniamo qui rispetto all' aequitas. La quale nel periodo bizantino aequistó assoluta prevalenza sul diritto, ed li PRINGSHEIM in un notevole articolo (2) attribuisce quest' effetto unicamente all'opera delle scuole orientali e dei Compilatori, sotto l'influsso delle dottrine filosofiche greche. Ora questa opinione, siccome investe il punto forse più centrale di tutta l'evoluzione del diritto, deve necessariamente attrarre la nostra attenzione. Se quella derivazione fosse dimostrata, bisognerebbe cedere le armi a questa nuova scuola e dire che all'Oriente spetta la miglior parte della gloria del diritto che la tradizione costantemente ha congiunto al nome di Roma.

Ma la dimostrazione del PRINGSHEIM solo a prima vista è impressionante. Il P. è per acume e dottrina scrittore esemplare, ed ha dimostrato passione per quella scienza superba

---

(1) Cfr. *The Legacy of Rome*, Oxford 1923, p. 429 ss., p. 455 ; e « Questioni di Architettura » Roma 1925.

(2) Ius aequum und ius strictum, in *Z.S.S.*, v. 42, p. 643 ss.

partita da Roma alla conquista del mondo. Ma egli prepara (1) prove più generali e decisive, secondo il suo giudizio, per celebrare la fortuna di Berito nel campo del diritto.

Vediamo intanto da questo saggio, il più notevole finora, se veramente Annibale è alle porte di Roma.

Il Pringsheim affronta il tema con ricchezza di testi e di confronti. Le singole note critiche sui testi sono esatte, ma non il risultato e nemmeno le cause che egli ne adduce, che sono privi di qualsiasi fondamento. E la visione complessiva del fenomeno è difettosa nel Pringsheim per i seguenti motivi:

a) perchè egli non tenne conto dell'azione esercitata dal pretore sia con la creazione di norme edittali con le quali l'antico ius civile era emendato, sia con l'attività ch'egli spiegava nella iurisdictio paralizzando in ogni caso l'efficacia delle norme del ius civile qualora l'effetto fosse iniquo.

b) perchè egli non tenne conto in nessun modo del mutamento che si produsse nell'ordine giuridico e in particolare su predominio dell'aequitas in tutti i iudicia, in seguito alle riforme processuali della fine del III e principio del IV secolo, che sostituirono ai giudizi privati la cognitio extraordinaria in maniera generale e definitiva (2).

È evidente che senza la valutazione di questi elementi storici come deve riuscire manchevole qualsiasi indagine, in questo campo, così manchevole dev'esserne il risultato.

c) e in terzo luogo perchè un tema così centrale, com'è quello trattato dal Pringsheim, poteva essere bensì delibato con l'osservazione di elementi esteriori dei testi giuridici, ma approfondito può essere soltanto con l'analisi più penetrante di tutto il materiale che offre la giurisprudenza romana, nell'esame della infinita varietà di casi pratici. Questi mettono sotto i nostri occhi un mondo meravigliosamente vivo, in

(1) Mi riferisco alla dissertazione: Beryt und Bologna, pubblicata nella Festschrift f. Otto Lenel z. 50, Doktorjub. 1921.

(2) V. p. 25 e c. IV.

continuo movimento, da cui scaturiscono problemi sempre nuovi, risoluti dai giuristi con esperienza e sapienza sempre maggiori in armonia a nuove idee, a visioni oggettive, a sviluppi negli ordini giuridici, comunque manifestatisi (1). Or siffatta analisi non può essere sostituita da elenchi di testi, da osservazioni formali, da testimonianze tratte dai Bizantini, da coincidenze con passi e detti di filosofi greci.

La grande luce che si diffonde dall'opera della giurisprudenza romana è come quella del sole, insostituibile. Ciò perchè la formazione del diritto in Roma è l'opera lenta ma intensa di molte generazioni ; è l'opera dei secoli ; qualche cosa come la cattedrale di cui parla Victor Hugo : di cui fu « architetto il tempo e costruttore il popolo ».

Un provetto romanista, qual'è il Pringsheim, non giudicherà fuori luogo o anche rettorica quest'ultima nota. Egli deve piuttosto ritornare su alcuni testi fondamentali con lo spirito libero dai preconcetti che lo hanno condotto fuori strada. Infatti :

a) egli ammette che la definizione di Celso : « ius est ars boni et aequi » (2) costituisca già un precedente classico della nozione bizantina del ius aequum (3). Ma come più sopra (4) non seppe trarre nessun significato preciso dal detto celsino, così nel seguito egli vede i precedenti classici fuori i quadri degli ordinamenti romani e delle teorie romane e senza alcuna realtà sostanziale. Ma siffatte male erbe non germogliarono mai nel campo della giurisprudenza (5) ; onde è più ragionevole dire che il Pringsheim per la passione della tesi ha chiuso gli occhi per non vedere l'imponente sviluppo del diritto operatosi

(1) Un esempio perspicuo offre il fr. 24 D. 35, 1 di Giuliano che sarà illustrato più oltre c. II°. p. 105.

(2) fr. 1, pr. D. 1, 1. Cfr. Paolo fr. 11 D. eod.

(3) L. c. p. 647.

(4) L. c. p. 644 in fine.

(5) Noto che il Beseler *Beiträge* IV, p. 232 non ha sospettato la genuinità del nostro testo, bensì del § 1.

mercè l'attività del pretore e della giurisprudenza e nella pratica della cognitio extra ordinem, per cui il sollevamento dell'aequitas rispetto alle rigide norme del ius apparisce veramente compiuto nell'epoca adrianea (1). Ciò, ben inteso, nell'applicazione del diritto, non già nel sistema degli ordinamenti giuridici che rimasero ancora distinti come dirò subito.

b) Egli valuta in secondo luogo alcuni testi di Gaio che rappresentano il contrasto tra strictum ius ed aequitas. Cita in proposito Gaio 3, 18, insieme a 25; 3, 40 insieme a 41. Ma qui bisogna riferire tutto il brano del Pringsheim stesso, perchè temo, traducendo, di alterarne il pensiero. Egli scrive:

« Gaius also erklärt einen einzelnen Rechtssatz (den er ius nennt) für unbillig (iuris iniquitas); bei den Byzantinern wird daraus ein strenges Recht, eine ganze Klasse, ein ganzes Gebiet. Gaius vergleicht historisch zwei Stufen der Rechtsentwicklung, die Byzantiner betrachten denselben Rechtsfall unter zwei verschiedenen Gesichtspunkten, das eine Mal nach jus strictum, das andere Mal nach dem mollis animus, der bona fides, der principalis vel pontificalis auctoritas, der humanitas, dem favor libertatis, der aequitatis ratio. Die ganze Byzantinische Entwicklung geht offenbar von Gaius aus, der so oft als Schulschriftsteller der Vorläufer der Byzantinischen Professoren ist. Aber es wird dabei mehr aus Gaius herausgelesen, als er sagen will; der Begriff wird umgedeutet, ja erst geschaffen. Gaius will sagen, dass ein bestimmter abgeschaffter Satz des alten Rechtes, am Massstabe seiner Zeit gemessen, unbillig gewesen sei. Die Byzantiner erkennen an, dass der Rechtssatz (nach strengem Rechte) gilt: sie verwerfen ihn aber aus anderen Rechtsfremden Gründen. Stets ist ihnen das jus strictum ein Rechtsgebot, aber ein solches, das überwunden werden muss: die Erteilung des Prädikats strictum ist

(1) Cfr. sopra p. 54 e J. Bryce. *Studies in history and Jurisprudence*. 1901, v. 1, p. 96, e Wenger che riporto negli *Addenda*.

bei ihnen Kritik am geltenden Recht (nicht Bezeichnung der früheren Stufe), ein Grund, mit Interpolationen einzugreifen (1).

Noto, in primo luogo, e con vero compiacimento dal mio punto di vista, che qui incontriamo, dopo Celso e Paolo, un altro precursore dei Bizantini, cioè Gaio, questa volta un maestro dei professori Beritesi. I quali però, secondo il Pringsheim, avrebbero trasformato il concetto e il significato del contrapposto ius strictum ed aequitas in maniera visibile. E cioè Gaio, egli dice, si riferisce ad una norma determinata, nella specie delle XII Tav., che dichiara iniqua, e come tale ius strictum, emendata dal pretore nel suo Editto ; mentre i Bizantini hanno creato la categoria generale del ius strictum in opposizione a ius aequum. Non solo, ma Gaio nel fare il contrapposto critica una norma del diritto antico, la valuta storicamente, in relazione al diritto del suo tempo ; mentre i Bizantini considerano quel tale ius strictum come diritto vigente, non un diritto abrogato, bensì un diritto che deve essere superato nell'applicazione con norme più moderate, più umane, più eque, spesso per motivi estranei all'ordine giuridico.

Sorprendente questa spiegazione con la quale il Pringsheim rende la quintessenza del fenomeno rivelato. Ma c'è bisogno di spiegare che tutto ciò è falso?

Vero è perfettamente il contrario, Gaio non fa storia in quel luogo, nè considera diversi gradi dello sviluppo del diritto. Egli contrappone norme singole di ius civile a norme emendatrici di ius honorarium ; le prime rigorose, strette ; le seconde eque. Ma il ius civile (anche le norme delle XII Tav. non abrogate da leggi posteriori) è per Gaio tutto diritto vivo, che il pretore emenda nello Editto o paralizza nella sua iurisdictio. Di più, egli non può abrogarlo, perchè « praetor ius facere non

(1) L. c. p. 656.

potest». Non insisto sul punto costituzionale e sul come in generale i giuristi considerano il rapporto tra ius civile e honorarium, perchè farei torto al PRINGSHEIM Rilevo piuttosto, per rispondere ad hominem, che giusto nei §§ che seguono in GAIO 3, 18, citato dal PRINGSHEIM, il giurista enumera le iniquitates che derivavano dall'ordine di successione ab intestato della legge decemvirale e usa costantemente il verbo al presente : 19. nullum.... ius habent; 20. idem iuris est; 21. non admittuntur; 22. admittitur; 23. nihil iuris... habent 24 Similiter non admittuntur adeo quidem ut nec.... ius competat. E finalmente viene l'Editto : 25. Sed haec iuris iniquitates edicto praetoris emendatae sunt

Così scrivono sempre i giuristi classici, i quali non fanno storia, ma esposizione, critica, sviluppi del diritto vigente, tenendo conto dei vari ordinamenti giuridici e dell'attività coordinatrice del pretore

Il contrapposto quindi : iure civili-sed praetor ; ius-aequitas è dei più frequenti nelle trattazioni dei classici, come già in CICERONE (1). E fissato questo punto, su cui ogni dubbio è escluso, passo a considerare il valore di quel contrapposto presso i Bizantini o meglio nel Corpus iuris. Ma qui davvero esso rappresenta la fase superata del diritto antico, già caduto in desuetudine nel periodo post-classico e abregato legislativamente in forza della Codificazione, in confronto a quella del diritto vigente, costituito dal ius honorarium, principalmente, che ha preso il posto del ius civile e che è tutto ius aequum.

Proprio il contrario dunque di quel che immagina e crede il PRINGSHEIM.

L'errore del resto si spiega. Nel Corpus iuris il confronto tra ius civile e honorarium, tra ius ed aequitas apparisce, come in GAIO, con i verbi al presente, creando l'illusione della persis-

(1) De off. 1, 32.

tente contemporaneità dei due ordinamenti, come nel mondo classico. Ma ciò avviene, come ho dimostrato altrove (1), perchè il Corpus iuris fu formato con vecchio materiale rabberciato, onde l'impronta del sistema giuridico antico vi è rimasta in grande rilievo. Dico di più ; quel sistema era così essenzialmente imperniato sulla base di quei due ordinamenti che i Compilatori non avrebbero potuto scardinarlo che in un unico modo, cioè rifacendo i testi in sunto, come spesso fecero (2). Ma, in generale, essi usarono i soliti espedienti per distinguere con battute chiare e vibrate l'antico ius dall' aequitas (intendi : ius honorarium, aequitas, divenuti ora ius civile), cioè aggiunsero qualificativi o dispregiativi atti a indicare che quel ius antico era ormai morto, una reminiscenza storica e perciò era *strictum*, era *inane*, una *subtilitas* ; *formido veteris iuris*. Perciò dove nei testi classici appariva il contrapposto : iure civili... sed ; ipso iure... sed (praetor, aequitas, exceptio etcc). i Compilatori sostituivano altre forme più espressive per significare che quel diritto era stato riprovato, era morto : *stricto iure, subtilitate juris*, etc. (3).

Così si spiegano tutte le interpolazioni raccolte dal Pringsheim (4), nelle quali per altro restano ancora da scrutare possibili elementi classici contenuti nei testi originali che provocarono le interpolazioni.

In ogni caso questo è sicuro, che gli epiteti spesso contumeliosi per il ius civile, per le forme solenni, per i mezzi processuali dei Romani, furono usati dai Compilatori nell'eseguire il rabberciamento dei testi, con la piena convinzione che quel ius, quelle forme, quei mezzi erano veramente duri, complicati, vani, caduti in desuetudine da due secoli e quindi ignoti alla

---

(1) Cfr. *Fusione* cit., p. 519 e *Z.S.S.*, v. 43, p. 388 ss, e sopra p. 36.

(2) Cfr. ll. cc. e sopra p. 39, 40.

(3) Cfr. p. es. 36 D. 45, 1 ; 12 D. 28, 3 e la mia ricostruzione di questi passi in *Diritto Classico*, p. 599, 601, n. 1, 2, altri passi a p. 598, n. 3 ; e in generale in *Z.S.S.*, v. 43, p. 379 ss.

(4) L. c. p. 645 ss.

pratica giudiziaria e alle consuetudini del loro tempo, da cui essi dovevano attingere e attinsero il diritto trasfuso nel Corpus iuris (1).

E se così è, come non è da dubitare, trattandosi di un rozzo espediente ma spedito e perciò usato dai Compilatori in tutta l'opera, come ho dimostrato di recente (2) ; resta ora soltanto a spiegare la creazione della categoria generale del « ius aequum », che il PRINGSHEIM indica come un prodotto delle scuole bizantine. Nego anche qui la conseguenza.

La categoria appare già in Paolo : 11 D. 1, 1 ; e nella celebre definizione di CELSO l'aequum ha una funzione universale nel diritto. E pertanto è più vero riconoscere che il dominio dell'aequitas si estese gradualmente nel mondo romano dentro la stessa complessione del ius civile. Ma alfine l'assoluta prevalenza del ius honorarium sul ius si affermò in forma costituzionale nel periodo della extraordinaria cognitio, e allora si rivelò apertamente il trionfo dell'aequitas, la quale apparve organicamente come la vera sostanza del diritto.

Come abbiamo visto sopra (3), già con COSTANTINO ius è equivalente a aequitas e iustitia. La equazione si era sviluppata nel mondo romano a partire dall' epoca di CICERONE (4) sino a COSTANTINO. E compiutosi lo sviluppo era già bell'e formata la categoria : ius aequum, cioè il diritto vigente, tutto il diritto vigente ; in contrapposto a « ius strictum », cioè il diritto arcaico, morto e sepolto.

Per l'azione delle scuole orientali, dunque, non c'è posto nemmeno nella formazione della categoria del ius aequum. La frase è romana, il significato traslato, divenuto tecnico, è pure romano. La prevalenza assoluta dell'aequum sul ius strictum, nel senso più recente già illustrato, è un prodotto

(1) Cfr. sopra p. 40.
(2) Cfr. *Z.S.S.*, v. 43, p. 379 ss. Appendice I.
(3) Cfr. p. 48.
(4) Cic. Top. 17, 66 ; pro Roscio 4, 10 ; de off. 3, 15, 61 — 3, 17, 70.

storico, organico, germogliato dagli stessi ordinamenti romani e compiuto con la fusione di essi in un unico ordinamento giuridico. Il PRINGSHEIM per attribuirne la paternità alle scuole orientali ha dovuto compiere uno sforzo formidabile, omettendo nella sua indagine i punti essenziali del problema e stroncando con una falce spietata i rami rigogliosi e verdeggianti nel campo della giurisprudenza classica. Con un metodo simile si può dimostrare tutto quel che si vuole, anche che la scimmia deriva dall' uomo.

Così del suo lavoro non resta che il pregio delle note critiche sui testi, i confronti e la raccolta del materiale: i risultati sono tutti a terra.

La critica dev'essere oggi vigilante e severa rimpetto a questi prodotti, massime se provengono da scrittori della forza del PRINGSHEIM, che è dopo la scomparsa del PARTSCH, il maggiore verso cui la nuova setta degli iconoclasti nel campo romanistico possa guardare. Nè importa il coro di consensi dei satelliti, perchè tali consensi per la storia e per la dommatica del diritto romano valgono zero. Valgono soltanto, per usare una frase del Maestro (1) a innalzare torri fantastiche, sovrapponendo monte su monte.

APPENDICE II.

Indice analitico delle dottrine esaminate e dei resultati che confermano l'evoluzione del diritto romano sopra descritta

Le folte vicende e le grandi crisi storiche che impressero un movimento così drammatico alla storia di Roma determinarono insieme lo sviluppo del diritto, dalle forme nazionali arcaiche a forme universali progredite. Storia e Diritto hanno le stesse linee gigantesche, la stessa direzione etica e poltica,

(1) LENEL nell' articolo « Interpolationenjagd » nella *Z.S.S.*, v. 45, p. 30.

la stessa concezione di universale umanità. E se quel processo naturale di sviluppo tutto interno esercita una potente attrattiva per lo storico del diritto che dentro vi scruta, esso ha poi un valore più alto, perchè restituisce il palpito della vita all'inerte congerie di testi tramandati dal Corpus iuris. Oggi infatti noi vediamo la possibilità di raccordare l'augusta tradizione millennaria del diritto romano col rinnovamento della critica contemporanea e col diritto moderno.

Rispetto alla critica ; essa da demolitrice che era diviene rivelatrice dei misteri del Corpus iuris e del prodigioso e incessante progresso del diritto nei vari periodi in cui Roma creò insieme al suo il diritto di tutte le genti.

Rispetto al diritto moderno ; quella tradizione di norme, d'istituti e di dottrine, scaturita dal Corpus iuris, riaccesa e ordinata dalla Glossa nei sec. XI-XIII e dai Commentatori italiani sino al sec. XV, rianimata subito dopo sotto altri aspetti dalla scuola italo-francese e poi da quella tedesca nel sec. XIX, si rifà tutta viva più luminosa in ogni sua parte, rispettivamente dal lato storico e dal lato dommatico, e riesce a dar ragione delle origini, delle vicende e della forma attuale d'istituti, di norme e di dottrine di cui giuristi di tutto il mondo ci occupiamo tuttora.

Confermato così l'alto interesse che presenta lo studio del diritto romano e che accende la nostra passione all'indagine, si rende palese nello stesso tempo ai nostri occhi la povertà vitale di quel criticismo di cui pure mi son dovuto occupare in questa dissertazione.

Il diritto romano deve uscire trionfante da questa crisi maligna che attraversa e mantenere intatta la sua posizione come il più insigne prodotto del genio di Roma, che è possibile ora conoscere nelle varie sue fasi. Anzi, la voce dei sommi giureconsulti, i quali guardando la realtà d'ogni giorno seppero cogliere e fissare le leggi delle relazioni umane nel campo giuridico e contribuire così potentemente alla formazione e all'evoluzione del diritto, si farà, più alta nel mondo, presente

e attiva nell'avvenire come è stata presente e fattiva attraverso i millenni nello sviluppo della civiltà.

Laonde credo di far cosa utile per i cultori di diritto moderno raccogliendo in questa nota in un quadro analitico i risultati dei miei studi intorno a vari istituti e dottrine, che rappresentano la dimostrazione più compiuta e a volte particolareggiata dello sviluppo del diritto sino a GIUSTINIANO come sopra descritto. Nel far ciò mi preme avvertire che non in tutti gli scritti citati nell'indice c'è la chiara visione d'una legge così generale dell'evoluzione del diritto romano, perchè essa fu da me percepita in una forma più precisa soltanto nel 1917, nell'elaborare l'ultima parte dell'opera « Dal diritto romano classico al diritto moderno » pubblicata nei v.v. III, IV degli Annali del Seminario giuridico di Palermo. La scoperta della legge è quindi il risultato di lunghe indagini, è la sintesi di accertamenti singoli che convergono verso uno stesso punto; non una tesi faticosamente dimostrata, bensì una verità scaturita spontanea dalla coincidenza di singoli risultati.

E si spiega così il fatto che nei miei lavori anteriori al 1917 spesso richiamo, aderendovi, scritti e opinioni che vedono nell' influsso delle consuetudini orientali e anche nelle elaborazioni scolastiche bizantine i fattori decisivi dell'evoluzione del diritto romano nel periodo postclassico. In verità confronti e richiami, e la stessa adesione, riguardavano più particolarmente, se non esclusivamente, l'uso della scrittura che dall' Oriente si era propagato all'Occidente sostituendosi a grado a grado alle forme orali romane. E questo influsso del diritto consuetudinario dei paesi orientali sul diritto del IV sec. in poi non ho nemmeno oggi ragione di negarlo [cfr. Z.S.S. v. 43 p. 337] sol che si tenga conto dell'osservazione fatta sopra [p. 24] e già nella Z. S. S. l. c.

Ripeto anche qui che nell'indice che segue l'opera citata del 1917 sarà indicata [D. R.], l'articolo sulla Fusione del ius civile col ius honorarium nell' Archiv für Rechts- und Wirt-

schaftphilos. v. 16 p. 503 ss. semplicemente Fusione: il discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico della Università di Palermo, letto il 4 Dicembre 1924 [Diritto Pretorio e Diritto Moderno] pubblicato nell'annuario della Università (1925) sarà citato [D. P. M.]; e avverto infine che dei singoli lavori non riporterò nell'indice i titoli, spesso molto comprensivi, bensì indicherò le singole dottrine più o meno largamente illustrate. L'ordine cronologico non è osservato con rigore.

1. *Fr. Sinaitica.* (cfr. BJDR. v. IX e XVIII p. 197. D.C. p. 488). Il commento fu in uso e riveduto dopo la Compilazione, come dimostra l'ordinamento del *ius tollendi* disposto da Giustiniano.

2. *La terminologia dei rapporti di possesso* (ZSS. v. 31 p. 321; BJDR. v. 23 p. 4 ss.; Scritti in onore di Chironi p. 377 ss., Fusione p. 507; D.C. p. 647). La p. semplicemente animo et corpore fu riconosciuta dal d. pretorio per la protezione interdittale. Quella civilis esige inoltre una causa, per cui essa è produttiva di effetti nel jus civile. P. naturalis è la semplice detenzione. Nel nuovo d. la p. civilis comprende quella ad interdicta e si contrappone alla p. naturalis = detenzione. La dottrina romana ne fu tutta perturbata.

3. *I lineamenti della dottrina del possesso nel dir. romano e nel d. moderno.* BJDR. v. 23, p. 4.

4. *Traditio ficta.* (ZSS. v. 33 p. 259; 34 p. 159. Mélang. Girard II p. 415.) Sviluppo della dottrina del possesso nel d. classico determinato dall'analisi dell'animus. La traditio classica fu sempre effettiva, seppure fatta brevi manu o per constitutum possessorium. Degenerazione della tr. nei paesi orientali, dove si ritenne eseguita con semplice dichiarazione scritta, consegna di documenti. La tr. symbolica dei commentatori ha fondamento in testi giustinianei, non ha origine germanica. In deffinitiva il nuovo dir. aveva ammesso largamente il passaggio del dominio col solo consenso, e caduta la finzione il principio si generalizzò nel dir. moderno.

5. *Influenza del cristianesimo sul dir. romano* (Riv. di dir. civile v. 3; D.C. p. 256, 436; sopra p. 26). Particolare con-

siderazione meritano : il divieto di atti emulatorii, il riconoscimento della funzione sociale della proprietà, l'ampliamente del concetto di aequitas etcc.

6. *Il condominio* (Essays in Legal History. Oxford 1913, p. 33 ss.) Il ius prohibendi tra condomini si attuava anche con la forza. Nel nuovo dir. è esclusa la difesa privata ; si ammette un'azione, e si regola la vita della comunione (maggioranza, riforme dell'actio c. dividundo).

7. *La costituzione di servitù per destinazione del padre di famiglia* è ammessa nel dir giustinianeo ; si riconnette alla scomparsa delle forme solenni. (Rivista it. di scienze giurid. v. 21 p. 380 ss.)

8. *L'usus*, (Studi in onore di Scialoja v. 1 p. 569.) Nel dir. classico erano esclusi i fructus (= reddito) : qui utitur non fruitur. Nel nuovo dir. diviene un istituto alimentare. Si distingue dallo usufrutto non più qualitativamente, ma per la quantità.

9. *Usus fructus* (Lezioni d'Ist. anno 1907-8 p. 377, ss. ZSS. v. 30, p. 509, relazione del Zanzucchi). Era diritto limitato alla percezione dei frutti : [utendi fruendi salva rei substantia]. Perciò non conferiva potere alcuno sulla cosa : non il possesso, non diritto a compenso delle migliorie o a mutarne la destinazione. Periva, anzi, mutatione rei. L'acquisto dei frutti avveniva con la *percezione*, perchè questo era il contenuto del diritto; non ex re, come era dato al possessore di buona fede. Nel nuovo diritto è ius in re : conferisce il possesso, quindi protezione interdittale diretta, il dir. a rem meliorem facere e non si estingue mutatione rei.

10. *Pertinenze immobili* erano escluse nel d. classico, ammesse nel nuovo diritto (Studi in onore di Brugi p. 171 ss.).

11. *Stipulatio e instrumentum* (ZSS. v. 35 e 43, cfr. sopra p. 29). La stip. atto solenne, astratto divenne nel dir. postclassico una convenzione senza forma, come i contractus del ius gentium, e perciò *causale*. Anche l'acceptilatio subì la stessa trasformazione.

12. *Nuda pacta*. (ZSS. v. 43 p. 388.) La regola « ogni convenzione genera azione » si formò virtualmente nel diritto postclassico, per la oblivione delle forme solenni. Stipulatio, contractus, pactum hanno comuni ormai i presupposti e gli

effetti. Onde figure di negozi del ius civile, gentium, honorarium si fondono in unico tipo.

13. *Obligatio literis* (ZSS v. 43 p. 326). Solo nominalmente è scomparsa nel dir. giustinianeo; in verità essa si fuse con la stipulatio, che di regola si compie con scrittura.

14. *Negozi astratti* (ZSS. v. 43. p. 395 e sopra p. 29) con la scomparsa delle forme solenni vennero meno nel nuovo dir. i negozi astratti.

15. *Il sistema delle prove.* (ZSS. v. 34 p. 231, sopra p. 25) si muta rapidamente nel d. postclassico per effetto della decadenza delle forme solenni. La scrittura prevale sui testes.

16. *La menzione delle forme solenni romane* surrogata nella compilazione da avverbi indeterminati: *rite, iure, recte, legitime* etc. (ZSS. v. 34 p. 224 ss.).

17. *L'avversione dei Bizantini per le forme verbali,* per istituti e termini romani e per i mezzi processuali etc. trova la sua spiegazione nel fatto che gli elementi arcaici del sistema giuridico nazionale romano e i mezzi pretorii creati in opposizione al ius civile erano scomparsi nella pratica degli ultimi due secoli. (ZSS. v. 43 p. 379).

18. *La surrogazione della scrittura alle forme orali romane.* Portó l'effetto che il sordo-muto acquistó la capacità a compiere tutti gli atti. (ZSS. v. 43. p. 385).

19. *Interpretazione del Corpus iuris* (ZSS. v. 43, p. 388). Accertate le cause delle numerose interpolazioni eseguite dai compilatori è agevole separare gli elementi antiquati dai nuovi. Soltanto questi ultimi debbono considerarsi vivi nella codificazione, o almeno prevalenti, gli altri servono alla ricostruzione storica del diritto. I metodi conciliativi, comunque adoperati, falsano il carattere e il contenuto del nuovo diritto, ed hanno creato in ogni tempo una selva di controversie di dottrine e di figure giuridiche intermedie.

20. *La dottrina delle impensae in rem.* (DC. p. 318, 444). Nel d. classico tenute ben distinte le tre categorie: necessariae, utiles, voluptuariae. Compenso solo acquitatis ratione, in opposizione al principio superficies solo cedit. Mezzo: exceptio doli. Nel nuovo diritto il compenso è dovuto *iure*: anche per via di azione (condictio, a. negot. gest.) anche a favore del malae fidei possessor. Le due categorie: necessariae e utiles

spesso appariscono fuse solto la stessa disciplina. Per le voluptuariae si concede il *ius tollendi*. Vedi nr. seguente.

21. *Ius tollendi*. (D. C. p. 445-507). Regolato da GIUSTINIANO (cfr. sopra nr. 1 del presente indice) nei casi in cui non era ammesso compenso per miglioramenti. Spunto classico trovò il legislatore nella dottrina dei Proculiani, che ammetteva una interpretazione più razionale della legge (XII tav.) de tigno iuncto, per cui si sosteneva la possibilità di separare cose congiunte all'edificio (es. porte, finestre, statue) senza alterarne lo stato primitivo.

22. *Superficies solo cedit*. (D.C. p. 508 ss. ; cfr. sopra p. 40). Il d. pretorio aveva protetto largamente rapporti costituiti su la *superficie*, ed essi divennero di ius civile nel periodo postclassico. Vedi nr. de segue.

23. *Forme e modalità di servitù protette dal pretore*. (Revue d'Hist. du Droit, III, p. 343 ss. e sopra p. 14).

La forma di costituzione delle servitù nelle province : pactionibus et stipulationibus fu adoperata anche su fondi italici, per scansare i rigorosi principî del ius civile circa la forma e il contenuto delle servitutes. Così, qualsiasi convenzione fatta nel costituire una servitù fu ritenuta valida tuitione praetoris, anche se contraria alle regole del ius civile. Esempî perspicui si hanno per la derivazione d'acqua ex rivo ; per servitù sulla superficie, per s. costituite sub condicione o in diem. Nel nuovo diritto divennero tutte iuris civilis.

24. *Negotiorum gestio*. (D. C. 209 ss. 245 ss.). Requisito essenziale e caratteristico è l'animus neg. aliena gerendi (contro PARTSCH) ; quindi è esclusa tra socii o coeredi. Vedi nr. seguente.

25. *Le azioni negot. gestorum*. (D. C. p. 529 ss.; Riv. di dir. commerciale v. XV p. 80). La gestione fu concepita nel d. classico come un rapporto analogo al mandato : quasi ex mandato. Presupponeva : alienità dell'affare e animus neg. al. gerendi. In altri casi il pretore concedeva act. in factum o utiles. Nel nuovo diritto, sparite le formule, divenute tutte le azioni uguali, si smarrirono i precisi confini dell'istituto, che è stato in ogni tempo il rovello degli interpreti. Vedi nr. seguente.

26. *Azione di arricchimento*. ll. cc. Nel nuovo diritto acquistò un valore generale la massima in singoli casi applicata dal

pretore : nemo ex aliena iactura locupletari debet. Si attuò pienamente per via di azioni civili in tutti i casi in cui il pretore accordava un'exceptio : es. nelle impensae ; o accordava altri rimedi es. act. in factum, utiles. Le azioni preferite furono : l'actio neg. gest.; de in rem verso, la condictio, le quali, come fu detto sopra per la neg. gest., si alterarono nei loro presupposti ed effetti producendo nella dottrina una grande confusione. Soltanto ai nostri giorni la figura dell'arricchimento ingiusto si è venuta precisando, distaccata dalla gestione d'affari, che ha ripreso a sua volta i contorni della teoria classica romana. Così nel C. tedesco. Onde l'azione di arricchimento è sostanzialmente d'origine pretoria, e risulta dal complesso dei mezzi che il pretore accordava per revocare un arricchimento ritenuto ingiusto dal punto di vista dell'equità.

27. *Obligationes quasi ex contractu, q. ex delicto.* (D. C. p. 263 ss.). La costruzione di figure obbligatorie singole quasi ex mandato — ex mutuo — ex stipulatu — ex delicto è certamente classica. La negotiorum gestio e l'indebitum furono muniti di azioni di ius civile ; figure classiche di obl. quasi ex stipulatu ebbero origine nel dir. pretorio, derivate da actiones ficticiae, concesse dal pretore in casi in cui diffettava la forma della stipulatio ovvero aveva avuto luogo solo un pactum, ritenuto meritevole di piena protezione, es. nella constituzione di dote fra schiavi, nella promessa fatta al padrone dal servo per essere manomesso.

Le categorie di obl. quasi ex contractu — ex delicto, hanno perciò un fondamento classico in particolari figure d'obbligazioni, congregate in una classe generica e moltiplicate dalla pratica nel periodo postclassico. Vedi i nr. che seguono.

28. *La dottrina del contractus.* (D.C. p. 263 ; Bullettino della R. Accademia di scienze lettere ed arti di Palermo a. 1918 p. 11 ; Letture Londinesi, inedite). È di formazione classica, cioè nel senso tradizionale di accordo di volontà [convenzione]. Appare matura nel sec. II, quando la conventio è riconosciuta come elemento comune a tutti i negozi del commercio : solenni, iuris gentium, e pretorii, cfr. RHD. cit. v. III e sopra p. 30.

29. *L'elemento della volontà nello sviluppo del diritto*, si può seguire nel testamento, nei negozi del ius gentium, nei neg. del ius civile, nel possesso, nel dir. penale e in particolare nel

urtum (Letture Londinesi (inedite) cfr. ll. cc. sotti i n. 27, f28, 41, 42).

30. *Purgatio morae.* (Cfr. Bohàcèk in Annali Palermo, v. XI. p. 331 ss.) Marcello fece prevalere la dottrina che una qualsiasi convenzione (specie là novatio sub condicione) col creditore fatta dopo la mora effettua la purgazione della mora [ipso iure]; cfr. sopra p. 15.

31. *Transactio.* (Fusione p. 518 cfr. Partsch. ZS. v. 44 p. 561). Con la decadenza delle forme solenni la stip. Aquiliana e l'acceptilatio si ridussero a una semplice convenzione. Cfr. ZSS v. 43, p. 357; sopra p. 30 e nr. 11 del presente indice.

32. *Fusione del ius civile e del ius honorarium* ([Fusione] p. 503. D.C. p. 528 ss. ZSS. v. 43, p. 344; RHD. p. 343.

33. *Influsso della cognitio extra ordinem sul ius civile*: cfr. avanti c. IV.

34. *Actiones ficticiae* (inedite; DRM. cit., ZSS. v. 43, p. 265 e passim, Studi Perozzi p. 362). Tutte le figure più progredite del nuovo ius civile provengono da formulae ficticiae; così la rappresentanza diretta, l'estensione della l. Aquilia, l'appartenenza della dos alla donna, presunzioni, obbl. tacite etcc. cfr. indice nr. 27.

35. *Concetto dell' obligatio.* (Fusione p. 510 ss.) Pel ius civile fu sempre un vincolo personale. Ma il pretore rese esecutive l'obblig. contro il patrimonio, anche se il debitore fosse caduto prigioniero, o morto sine herede. Nel nuovo dir. ricomprende il patrimonio.

36. Esecuzione patrimoniale l. c. L'istituto pretorio della venditio bonorum si trasformó nel nuovo dir. in istituto di ius civile. Cfr. nr. 35 e più oltre c. IV.

37. *Ius novum.* Fusione p. 520; più oltre c. IV.

38. *Dotis dictio.* (Inedita). Notevole esempio per la conoscenza dell'evoluzione del dir. rom. operatasi per via di fusione di figure e mezzi giuridici in nuovi istituti. La dictio è forma speciale, propria per la costituzione di dote mediante promessa. Si distingue in tutto dalla promissio dotis. Si compie uno loquente, da persone che hanno dovere di costituire una dote, è obbl. causale, sotte la implicita condizione che seguano le nozze. Se il promittente premuore alle nozze la dictio svanisce, perchè rapporti sub condicione non passano all'heres

(v. nr. 34, 39); il pretore per altro poteva concedere una form. ficticia. Sparità la dictio nel d. postclassico, i suoi elementi essenziali si trasfondono nel pactum e nella promissio dotis. La stip. dotis divenne così *causale*, sub tacita condicione, e naturalmente passa all'heres.

39. *Trasmissibilità all'erede dei rapporti sotto condizione.* (Studi Perozzi p. 350). Il principio contrario era fermo nel ius civile. Ma la trasmissibilità era attuata dal pretore (cfr. nr. 32, 38) e fu ammessa nel nuovo diritto. Ciò dipende anche dal nuovo concetto dell'obl. = vincolo patrimoniale; la persona non è elemento essenziale (cfr. nr. 35). Ora anche l'obbligazione accessoria (fedeiussio) può sussistere senza la persona del debitore principale, fatto prigioniero o morto sine herede. Nel d. classico invece venuta meno la persona del debitore, cadeva anche l'obbligazione del garante (fideiussor, sponsor) (1).

40. *Arbitrium boni viri* e lo sviluppo di forme di obbligazioni indeterminate. Cfr. avanti c. II.

41. *Legati e fedecommessi.* Processo di fusione. Cfr. avanti c. III.

42. *Verba e voluntas nei legati.* Cfr. più oltre c. III n. 2.

43. *Obbligazioni generiche.* In obbligatione non è il genus astratto bensì tutti gl'individui compresi nel genere indicato. L'obbligazione si concentra con la scelta notificata al creditore o secondo convenzione o consuetudine con la consegna della specie (inedite).

---

(1) Beseler *Z.S.S.*, v. 45, p. 237-8, cfr. p. 200 è di diverso avviso per la « sponsio ». E se questa è fatta in modo da costituire uu' obbligazione correale nulla c'è da opporre. Questa esige, come si sa, unitas actus (cfr. Z. 35, p. 252 ss.). Ma la sponsio può essere costituita nella forma semplice di garanzia, ed allora ha struttura accessoria ed è pari nelle conseguenze alla fideiussio: Gai III, 126. La distinzione oggettiva sostenuta dal B. fu dominante nello scorcio del sec. XIX, combattuta da me in D. C. p. 618. Per altro è certo che il pretore in alcuni casi concedeva contro lo sponsor o il fideiussor del prigioniero, o nella giacenza dell' hereditas, un' actio ficticia, di cui mi pare esista traccia nel 10. D. 36, 3, (cfr. *Fusione*, p. 514). La critica poi del B. l.c. p. 238 del fr. 95 § 1 D. 46, 3 è troppo sommaria. Trattandosi di un argomento gravissimo non c'è vantaggio a disputare a forza di affermazioni relative all' esistenza o meno d'interpolazioni: quel che s'impone in questa materia è il riesame della dottrina. La distinzione che altri fanno tra *Schuld* e *Haftung* è pel d. romano una invenzione senza alcuna realtà.

II.

L'ARBITRIUM BONI VIRI NEI FEDECOMMESSI

1. Alla dissertazione che precede e che nel mio intendimento deve avere una funzione chiarificatrice atta a costituire una valida scorta per camminare a passo tranquillo attraverso il labirinto della critica romanistica contemporanea, io voglio far seguire, anche in questo luogo, tre brevi saggi, ben sapendo che le teorie generali nei momenti di crisi di una scienza poco valgono per se stesse, ove non sieno corroborate da ripetute e probanti esperienze.

I saggi che seguono ci conducono nel campo del diritto ereditario finora inesplorato dal mio punto di vista speciale. In essi sarà particolarmente accertato l'influsso graduale esercitato dal fedecommesso e in generale dalla cognitio extra ordinem su gl'istituti di diritto civile. L'analisi di molti testi servirà inoltre a illustrare e verificare un buon numero di fenomeni concernenti la critica del Corpus iuris, descritti nella precedente dissertazione.

L'argomento dell'« arbitrium boni viri » nei fedecommessi ha per altro una notevole importanza, perchè ricomprende il problema generale sulla validitá o meno di obbligazioni indeterminate. Da indagini fatte sullo istituto della « dotis dictio » mi risulta che la validità di siffatte figure di obbligazioni fu ammessa dapprima in quella speciale forma di costituzione di dote, indi nel fedecommesso e in seguito, specie nel diritto postclassico, in tutto il diritto civile.

Questo sviluppo delle figure giuridiche costituisce per sè stesso un fenomeno degno della nostra attenzione e dà la

ragione e insieme la prova dello svolgimento compatto, organico deld iritto romano, elaborato dalla giurisprudenza con arte mirabile in base ad esperienze e per via di analogie, di sviluppi, di costruzioni che si svolgono e s'intrecciano di continuo, in tutte le direzioni, in concatenazione ininterrotta, come i fili variopinti d'un'ampia tela.

Se è così, non è soltanto vantaggioso, ma è necessario, per intendere lo stato delle dottrine nel nuovo diritto, indagarne la origine più lontana e seguirne lo sviluppo attraverso i vari istituti nei diversi ordinamenti giuridici che ci son noti e nei successivi periodi storici. Le osservazioni particolari, invece, fatte su gruppi di testi, per quanto numerosi, nel chiuso di un singolo istituto, riescono sempre anguste e danno necessariamente risultati vaghi e malsicuri.

Nel Corpus iuris si leggono esempi svariatissimi di obbligazioni in cui la determinazione più precisa o la comprensione del debito appariscono rimesse all'arbitrio del debitore; e vi si dice che questi deve per l'adempimento uniformarsi allo arbitrium boni viri. Si discute se queste figure d'obbligazioni siano genuine o d'origine postclassica.

L'argomento è stato trattato di recente dal Beseler (1) e dall'Albertario (2) i quali, accertate alcune interpolazioni, hanno, in massima, attribuito ai Bizantini il riconoscimento di siffatte figure obbligatorie. Specialmente l'Albertario ha dato alla sua indagine un colore dommatico ed ha negato che il diritto classico abbia potuto ammettere in qualsiasi negozio o atto giuridico la consistenza d'un'obbligazione rimessa comunque alla volontà del debitore.

Non posso accedere a questo risultato, conseguito con un metodo di critica vizioso, in quanto cioè dall'accertamento

(1) *Beitr.* 3, p. 198 ss.

(2) « L'arbitrium boni viri » *Pubblicazioni della Università cattolica del Sacro Cuore, Scienze giuridiche*, v. 5.

di alcune interpolazioni si vuol dedurre necessariamente l'origine bizantina delle decisioni medesime. Io insisto nel ritenere, al contrario, che, essendo i motivi delle interpolazioni svariatissimi, per necessità legislative, le alterazioni dei testi nulla provano in ordine alla genuinità delle regole e delle decisioni, le quali anzi si debbono ritenere sempre d'origine classica sino a che non sia data una precisa dimostrazione del contrario.

Infatti l'ordinamento giuridico romano era assai complesso, le trattazioni dei giuristi varie, ampie, particolareggiate, e di riscontro le manipolazioni dei testi da parte dei Compilatori del sec. VI necessarie e multiformi a tal segno da non permettere un'illazione così semplice, dall'interpolazione formale alla innovazione sostanziale.

Si debbono tener presenti, in primo luogo, i tre ordinamenti : ius civile, ius gentium, ius honorarium, che avevano princìpi, norme, esigenze diversi. Si devono inoltre distinguere iudicia stricta e iudicia bonae fidei ; e infine la valutazione degli atti e le decisioni che han luogo nel processo ordinario o in quello extra ordinem.

Situazioni assai diverse, dunque, debbono essere considerate da cui derivavano decisioni multiple e contrarie. La differenza essenziale tra legatum e fideicommissum, per citare un esempio, deve tener sempre desta la nostra attenzione, dacchì il legatum era atto formale e rigoroso, invece il fideicommissum dipendeva tutto dalla voluntas defuncti, e il magistrato non aveva alcun limite nella cognitio extra ordinem nell'apprezzamento della validità e comprensione di esso.

Ciò posto, è naturale, troppo ovvio anzi, che nel diritto postclassico tutta quella varietà di ordinamenti, di figure, di giudizi e di decisioni doveva a grado a grado sparire, perchè nella cognitio extraordinaria, sparite le formule delle azioni e decadute con moto progressivo e rapido le forme solenni del ius civile, tutte le istituzioni, figure e norme di diritto, da multiple che erano si livellavano e si venivano aggregando per

affinità di materia in un'unità nuova che assumeva tutti gli elementi utili dai vari ordinamenti preesistenti. E la nuova figura assumeva di conseguenza quella forma più libera, più larga segnata dalla giurisprudenza classica or nell'ambito della cognitio extra ordinem, or del ius honorarium or dei iudicia bonae fidei, secondo i casi.

La nuova forma del testamento accolta da GIUSTINIANO offre un bell'esempio, che per altro è tipico, e l'Imperatore dice che essa rappresentava la fusione di tre ordinamenti : ut hoc ius tripertitum esse videatur : I. II, 10, 3.

Il semplicismo è quindi fatale nella critica del Corpus iuris, perchè conduce a giudicare dagli elementi esteriori la sostanza delle dottrine, ritenute nuove di conio. È vero invece che quelle quasi sempre hanno origine classica rispetto a rami o applicazioni particolari di diritto, propagatesi in seguito naturalmente ai nuovi istituti giuridici, che erano il risultato della aggregazione di vari ordinamenti come ho detto dianzi.

E pertanto la critica nelle sue indagini deve, in primo luogo, fermare la sua attenzione sui singoli elementi costitutivi del diritto giustinianeo, scrutarli a fondo, seguendone il processo di sviluppo prima e di aggregazione poi, per giudicare con ponderatezza il valore delle dottrine, appariscano esse comunque difettose, contraddittorie e a volte assurde.

Con questi criteri la revisione della dottrina dell'arbitrium boni viri, che è invocata per la ulteriore determinazione di rapporti obbligatori, reconosciuti già validi, potrà dare un risultato più sicuro, tanto più apprezzabile se esso riuscirà a confermare la teoria che ha saldi fondamenti nella tradizione giuridica.

L'opinione dominante ha in ogni tempo tenuto distinti in proposito i negozi di buona fede da quelli solenni.

1. Nei negozi solenni che davan luogo ad un iudicium strictum non era consentito che l'obbligazione indeterminata in uno dei suoi elementi fosse rimessa comunque alla volontà

di una delle parti. Non era ciò ammesso nella stipulatio, nella quale secondo la precisa formulazione di Celso :

quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur omissum intellegendum est (1).

La stipulatio per questo rispetto aveva assunto forma e struttura dal negozio solenne per aes et libram del diritto antico :

uti lingua nuncupassit ita ius esto (2).

È la legge della forma solenne, che valeva perciò anche nei legati e nella heredis institutio (3).

Se l'omissione concerneva un elemento essenziale il negozio era nullo. L'equazione tra stipulatio e legatum era perfetta anche a questo riguardo (4). Ed i giuristi in varie occasioni, in ordine al problema in esame, pongono in risalto il contrasto tra negozi di buona fede da una parte, stipulatio e legatum dall'altra : cosi nei fr[i] 7 pr. D. 18. 1 — 69 § 4 D. 23. 3 — 17 D. 45. 1.

La differenza è per altro notabile sotto i più vari aspetti ed appare nelle fonti ancora in grande rilievo per quanto la stessa giurisprudenza classica abbia iniziata l'opera di livellamento in singoli punti e con grande cautela. Ma di quest'opera possiamo non tener conto qui, perchè essa tracciata appena in una linea è inoltre tutta ancora da mettere in luce.

La differenza strutturale sia tra le categorie di negozi, sia tra i tipi di iudicia permane netta per tutto il periodo classico.

Così rispetto all'obbligazione delle usurae, la quale nei iudicia bonae fidei poteva essere considerata e determinata dall'officio

---

(1) fr. 99 D. 45. 1. Cfr. sul testo *Z.S.S.*, v. 43, p. 351 ss.

(2) Cfr. *Z.S.S.*, v. 43, p. 339.

(3) Cfr. 32 pr. D. 28, 5 (Gaius) : veteres decreverunt testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.

(4) Cfr. Mitteis *Z.S.S.*, v. 32, p. 1 ss.

dell'arbitro, mentre nei stricta iudicia si esigeva in modo inderogabile apposita stipulazione (1).

2. Nei negozi che davan luogo ad un iudicium bonae fidei si ammise almeno in singoli casi, che la determinazione di un elemento della obbligazione fosse rilasciata all'arbitrio di una parte, che deve sempre comportarsi come un bonus vir. La natura stessa del iud. bonae fidei rendeva ciò possibile, perchè avendo il giudice i poteri di decidere ex aequo et bono poteva valutare e correggere convenientemente il comportamento della parte. Un esempio perspicuo è riferito da ULPIANO a riguardo di una condizione rimessa all'arbitrio del venditore nel fr. 7 pr. (18.1) cit. (2); ed è intuitivo che in tutti i negozi del commercio le parti da un lato e il giudice dall'altro avevano nelle consuetudini locali (3) relative a quel determinato tipo di negozio, norme di condotta precise e inalterabili che offrivano fondamento reale e giusta proporzione al giudizio, anche se deferito a una delle parti contraenti.

L'arbitrium boni viri si riconduceva così, sempre, a elementi oggettivi e concreti che se apprestavano un equo criterio al giudice servivano già di norma alle parti nell'adempimento dell'obbligazione.

Le decisioni delle fonti rispecchiano nel complesso quel

---

(1) Cfr. 24 D. 16. 3 (Papin.) : in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio ; cfr. 12 § 9 D. 17. 1. Nei due passi si legge la frase « et ut est constitutum ». Vedi *Z.S.S.*, v. 43, p. 359 ss.

(2) Che il fr. 7 pr. cit. sia in vari punti interpolato è fuori dubbio. Ma la critica dell' Albertario l. c. 0. 26 è troppo radicale. I Compilatori non potevano intrudere nel passo l'autorità dei « veteres », per quanto il *placuit* e il *magis* possano rivelare anche qui la soppressione di controversie e di sviluppi [v. sopra p. 38] operata dai Compilatori per semplificare il passo. Celso riferisce un dibattito che s'inizia da Tuberone, in un testo certamente suntato da Triboniano : 43 D. 32. Decisioni analoghe a quella contenuta nel fr. 7 pr. cit., si leggono nei fr. 41 § 4 D. 40-5 e 46 § 3 eod. relativi a fedecommessi della libertà ; cfr. 11 § 7, 8 D. 32. Va da sè che anche quest' ultimi passi sono distrutti dalla critica dell' Albertario l. c., p. 23, ma su di essi ritornerò più oltre.

(3) Cfr. 31 § 20 D. 21. 1.

significato, ben intelletto e valutato in ogni tempo dalla dottrina e dalla pratica (1).

3. Nell'indagine merita un posto preminente il fideicommissum, che sotto ogni riguardo, non essendo subordinato da principio a norme di diritto di alcuna sorta, ebbe uno sviluppo più libero e più largo in confronto ad altre figure giuridiche. Gaio II, 289 attesta ancora che la causa fideicommissi si considerava « longe latior » in confronto alle forme di legato; e la stessa frase riscontriamo in Licinio Rufino 5 Reg. nel fr. 16 D. 40-5 in relazione alla libertas fideicommissa che poteva essere data « et quidem largius quam directo ».

Il confronto particolare tra la cognitio extra ordinem dei fedecommessi e i iudicia bonae fidei nel fr. 108 § 12 D. 30 di Africano 5 q. ha impronta compilatoria ma non ha nulla di assurdo per sè ; piuttosto la massima ivi enunciata, che la responsabilità per colpa si adegua all'interesse o vantaggio che la parte ha nel rapporto, dovette applicarsi e svolgersi in iudicia bonae fidei e poi nella giurisdizione extra ordinem, cioè in quei processi in cui il giudice o il magistrato avevano la più ampia libertà di valutare e decidere i casi sottoposti al loro esame (2).

Ma ritornando al nostro argomento rispetto al fedecommesso è notevole una decisione riferita da Valente.

fr. 12 D. (32) Stichus liber esto ; et ut eum heres artificium doceat, unde se tueri possit, peto. Pegasus inutile fideicommissum esse ait, quia genus artificii adiectum non esset : sed praetor *(aut arbiter)* ex voluntate defuncti et aetate et condicione et natura ingenioque eius, cui relictum *erit*, statuet, quod

---

(1) Cfr. Windscheid, Pand. I, § 46, n. 4 ; § 93, n. 7 ; II § 254, n. 5. De Ruggiero, Le Obbligazioni (Corso di Lezioni) Napoli 1922, p. 43 ; G. Scaduto, *Annali del Seminario di Palermo* v. XI, p. 24 ss.

(2) La massima è nel testo, nell' applicazione al fedecommesso, scevra da sospetti; ma è pure insospettabile in alcuni iudicia bonae fidei, es. commodati: fr. 5 § 10 D. 13, 6, 5 § 2, fr. 18 pr. eod., cfr. inoltre fr. 17 § 2 D. 19. 5.

potissimum artificium heres docere eum sumptibus suis debeat.

La nullità del fedecommesso fu sostenuta da Pegaso, a causa della indeterminatezza dell'obbligazione imposta all'erede. Ma l'apprezzamento del magistrato supplisce al difetto della disposizione, la quale s'integra con tutti quegli elementi che il caso concreto offre. Così si procedeva pure nella determinazione della dote costituita con la dictio, come ho dimostrato altrove.

Nel testo di VALENTE è interpolata la frase *aut arbiter* (1). E lo stesso Pegaso poi in altra decisione, relativa al fideicommissum in diem (fr. 43 § 2 D. 31), si riportava per l'appartenenza dei frutti del tempo intermedio agli elementi del caso concreto e scriveva :

interesse, cuius causa tempus dilatum sit, utrumne heredis, quo casu heredem fructum retinere debere, an *legatarii* (?) (2), veluti si in tempus pubertatis ei qui impubes sit fideicommissum relictum sit, et....

La considerazione di questi elementi non valeva, invece, nel ius civile, in cui la comprensione dell'obbligazione doveva essere espressa vèrbis (3).

Formole e decisioni in materia di fedecommessi intanto presentano un'analogia impressionante con quelle della dotis dictio, in ordine alla misura e alle modalità dell'obbligazione, molto di frequente rimesse all'arbitrio dell'onerato. ULPIANO trattava l'argomento ex professo nel l. II fideicom. da cui

(1) Noto per altro che l'interpolazione è possibile sia formale ; infatti in altri passi l'«arbiter» è nominato dal magistrato per accertare condizioni di fatto, esame di conti etc. : cfr. fr. 47 § 2 D. 40, 5 ; 53 D. 5, 1 che saranno esaminati più avanti ; cfr. inoltre 5 D. 34-1 ; pro arbitrio vestro.... Modestinus respondit... modum viri boni arbitrio statuendum esse.

(2) Per la terminologia legatum, fideic. cfr. avanti, p. 116,120.

(3) Cfr. in proposito *Z.S.S.*, v. 43, p. 348 ss. c. i seguenti passi : 1 § 13 D. 36, 3 (intp.) ; 16 D. 34, 3 ; 76 § 1 D. 45, 1 ; *Inst.* III, 29, 2 ; 3 § 1 D. 19, 1 ; 185 D.39, 2, che esigono la clausola «oportebit» onde frutti, usure e incrementi futuri siano compresi nell' obbligazione.

furono estratti i fr. 11 D. 32 e 24 D. 31 (1) e nel l. 6 Disput. da cui deriva il fr. 46 D. 40. 5 (2).

Non ammessa era la formola si volueris (3) come attesta Ulpiano, e della nullità leggiamo la motivazione in Gaio (4), a proposito d'un fedecommesso cui ipse vellet dichiarato utile. Gaio infatti scrive :

nec enim in arbitrio eius qui rogatus est positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat ; plurimum enim interest, utrum in potestate eius, quem testator obligari cogitat, faciat, si velit dare, an post necessitatem dandi solius distribuendi liberum arbitrium concèdat.

Ed a me sembra che da questo criterio fondamentale si partì la Giurisprudenza per discernere le varie forme indeterminate del fedecommesso ; e che essa con grande penetrazione distinse quelle che rimettevano alla mera volontà dell'onerato l'adempimento dell'obbligo, dalle altre in cui il giudizio dell'onerato era comunque concluso entro certi limiti, fossero pure d'ordine puramente morale ; ritenendo inutile le prime, efficaci le seconde.

E l'ammissibilità di quest'ultime era d'altronde sostenuta dalla stessa natura dell'istituto, che, svoltosi dapprima in piena libertà nella pratica, e realizzatosi nelle forme più spontanee, restó sempre dominato dalla fides che qui vale rispetto, ossequio alla volontà del defunto ed esige una condotta pienamente conforme all'equità, alla morale e ai dettami della coscienza dell'onerato (5).

---

(1) Cfr. Lenel Pal. Ulp. nr. 1857, 1858.

(2) Cfr. Lenel Pal Ulp. nr. 114.

(3) Fr. 11 § 7 D. 32. Cfr. 46 § 3 D. 40. 5.

(4) Fr. 7 (8) § 1 D. 34, 5 Gai I fideic.

(5) Cicero, de finibus II, 17, 18 ; § 59 conclude : perspicuum est enim, nisi aequitas, fides, iustitia proficiscantur a natura et si omnia haec ad utilitatem referantur virum bonum non posse reperiri.

Inst. II, 23, 1 fideicommissa appellata, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur. Paul. S. IV, 3, 4 : plenam fidem defuncti praestare voluit.

Dopo questa prima visione del problema è utile rivedere nell'insieme i due testi principali di ULPIANO, che vengono in considerazione in prima linea, perchè il lettore possa formarsi da se stesso un giudizio in confronto alla critica fattane dal BESELER e dall'ALBERTARIO, i quali li hanno completamente distrutti per espellere anche dal fedecommesso l'arbitrium boni viri.

Nel riportare i passi sarà sufficiente, per ora, segnare con caratteri corsivi le parole e i tratti aggiunti dai Compilatori.

fr. 11 § 6 D. 32 ULP. 2 fideic.

Hoc autem cum voluerit, tractum habet, quamdiu vivat is, a quo fideicommissum relictum est : verum si antequam dederit, decesserit, heres eius praestat (!). Sed et si fideicommissarius, antequam heres constituat, decesserit, ad heredem suum nihil transtulisse videtur : *condicionale enim esse legatum nemini dubium est et pendente condicione legati videri decessisse fideicommissarium* (1).

§ 7. Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur si volueris tamen si ita adscriptum fuerit : si fueris arbitratus, si putaveris, si aestimaveris, si utile tibi fuerit visum vel videbitur, debebitur : non enim *plenum* arbitrium *voluntatis* heredi *dedit*, sed quasi viro bono commissum relictum (2).

§ 8. Proinde si ita sit fideicommissum relictum : illi, si te meruerit omnimodo fideicommissum debebitur, *si modo meritum quasi apud virum bonum collocare fideicommissarius potuit* : et si ita sit si te non offenderit aeque debebitur : *nec poterit heres causari non esse meritum, si alius vir bonus et non infestus meritum potuit admittere.*

---

(1) L'interpolazione è rivelata fra altro dal t. t. legatum applicata al fideic. Cfr. avanti p. 116, 120.

(2) Per la motivazione, qui certamente alterata dai Compilatori, cfr. GAI. 7 § 1 D. 34, 5 riportato sopra p. 82.

fr. 46. D. 40. 5 Ulp. 6 disput. Fideicommissa libertas ita potest dari : heres, si volueris, fidei tuae committo, ut Stichum manumittas *quamvis* (1) nihil *aliud* in testamento potest valere ex *nutu* heredis.

§ 1. *Plane et ita* si Stichus voluerit potest ei libertas adscribi (2).

§ 2. Sed si ita adscriptum sit si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo, mihi videtur *posse dici* valere libertatem, quia condicio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius Capitolium ascenderit.

§ 3. Quod si ita scriptum sit, si heres voluerit non valebit, *sed ita demum, si totum in voluntate fecit heredis, si ei libuerit, ceterum si arbitrium illi quasi viro bono dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur* (3) : *nam et* eam libertatem deberi placuit si tibi videbitur, peto manumittas, ita hoc accipiendum si tibi quasi viro bono videbitur. nam et ita relictum si voluntatem meam probaveris puto deberi : quemadmodum si te meruerit *quasi virum bonum* vel si te non offenderit *quasi virum bonum* vel si comprobaveris vel si non reprobaveris vel si dignum putaveris nam et cum quidam graecis verbis ita fideicommissum dedisset : τῷ δέινι, ἐάν δοκιμάσης, ἐλευθερίαν δοθῆναι βούλομαι, a divo Severo rescriptum est fideicommissum peti posse.

§ 4. Quamquam autem in heredis arbitrium conferri, an debeatur, non possit, quando tamen debeatur, conferri potest.

§ 5. Quidam, cum tres servos legasset, fidei heredis sui commisit, ut ex his duos quos vellet manumitteret ; fideicommissa libertas valebit, *et quos ex his vellet, heres manumittet* : quare si eos vindicaret legatarius, quos heres vult manumittere, exceptione doli repelletur.

---

(1) Quia Ulp. (cfr. Albertario l. c. p. 23). Ma vedi più oltre p. 99.
(2) Testo suntato.
(3) Cfr. per altro il testo di Gaio 771 D. 34, 5 cit. a p. 80.

La critica del BESELER, sempre perspicua per il lato formale, è spesso eccessiva e a volte pericolosa per le conseguenze che egli ne trae. Così rispetto ai due passi di ULPIANO riferiti. Il BESELER infatti, seguito fedelmente dall'ALBERTARIO, argomenta dai vizi formali l'alterazione pure delle decisioni relative alle singole clausole, che suppone in gran parte respinte dalla giurisprudenza classica non solo per il legato ma pure per il fedecommesso. Il fatto che il fedecommesso era libero da formalità, a differenza delle varie figure di legati, e come si legge ancora in ULP. R. 25, 1 : nec ex rigore iuris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis, il quale poteva anche disporlo nutu (1) ; il fatto che il fedecommesso godeva nella cognitio extra ordinem favore e tutela, dapprincipio senza limiti, in perfetto antagonismo con le norme del ius civile, per cui potè svilupparsi nella maniera più libera ; tutto ciò, dico, non pesa nel giudizio del BESELER. Egli, dunque, non vede nel nuovo istituto quel che è essenziale, cioè la nuova forza penetrata nella sfera del diritto e che per la sua stessa libera natura tende a infrangere tutti i vincoli posti dal ius civile alla volontà del testatore.

Dalla trattazione fatta da ULPIANO nei passi trascritti si vede invece che la pratica offriva una ricca casistica, che rispecchia con vivezza la infinita varietà di situazioni, di interessi di elementi che influiscono sulle determinazioni degli uomini. Nei fedecommessi le forze naturali della vita riprendono il loro dominio. E sono appunto queste queste forze le più dinamiche nel campo del diritto, ossia quelle che hanno in sè i germi della vita e quindi la possibilità di sviluppo e il dominio sicuro dell' avvenire.

---

(1) PAUL, S. IV, 1, 6 ; cfr. 21 pr. D. 32. Ved inoltre fr. 24 § 8 D. 40, 5 : *Non tantum* enim verba fideicommissi *sed et* mens testatoris tribuere *solet* libertatem fideicommissariam. Certamente tutto il § 8 ha impronta compilatoria, e nel brano riferito sono da notare le forme « *non tantum.... sed et, solet* » (cfr. sopra p. 40 e per il *solet* più oltre p. 130) ; nondimeno decisione e motivazione furono tratte da testi classici.

I fedecommessi rappresentano nella evoluzione del diritto uno stadio più avanzato delle disposizioni di ultima volontà. Penetrano nel sistema del diritto indirettamente, per benigna concessione, si sviluppano a parte, e perciò liberamente e gagliardamente, finchè formatosi nel loro centro un nuovo nucleo giuridico, questo cominciò e travolgere tutto il sistema del ius civile concernente le disposizioni di ultima volontà e in prima luogo gli elementi formali di esso.

Onde costituisce un grave errore di metodo, nell'esame del problema di cui ci occupiamo, il mettere in una stessa linea il legato e il fedecommesso.

Nell'errore è caduto specialmente l'ALBERTARIO, il quale apertis verbis volendo dimostrare l'impossibilità d'un'obbligazione rimessa all'arbitrio del debitore, mette in un fascio l'obbligazione da legato o da fedecommesso e scrive (1): dov' era qui quel vinculum iuris che costringe il debitore secondo la classica definizione del rapporto obbligatorio?

La risposta è ovvia. Appunto, rispetto al fedecommesso non c'è il vinculum iuris della classica definizione. È un nuovo istituto che si svolge fuori il campo del ius civile; e solo a grado a grado assimila alcuni elementi del ius civile, nel processo di fusione, che s'inizia subito nel 1° secolo dell'Impero, in ragione dello sviluppo che l'istituto assume ogni giorno nella pratica (2). Ma nel diritto classico il distacco del fedecommesso dal ius civile è sempre profondo: multum autem differunt ea quae per fideicommissum relinquuntur, ab his quae directo iure legantur (3).

Il mio punto di vista è così nettamente significato, in contraddizione ai sullodati scrittori. Essi ritengono che le folte interpolazioni notate nei testi giustinianei siano state determinate da mutamenti sostanziali introdotti nelle decisioni

(1) L. c. p. 24.
(2) Cfr. GAI. II, 284; ULP. XXV, 1; fr. 21 § 2 D. 32.
(3) GAI. II, 268.

medesime. Io ritengo presso che immutate le decisioni a riguardo del fedecommesso e le interpolazioni provocate dalle cause più varie, tutte di carattere legislativo, come a dire: estensione al legato delle stesse forme in uso nei fedecommessi, soppressione di dubbi, di controversie, di sviluppi, di nomi di giuristi, e poi ancora: rilievo maggiore dato nelle manipolazioni, spesso con insulse ripetizioni di frasi classiche, all'arbitrium boni viri.

Riconosco che la mia affermazione è più difficile a provare. Tagliare *radicitus*, dove c'è un vizio e quindi negare, è cosa più agevole. Perciò il metodo ha incontrato grande favore e vi si esercitano con foga baldanzosa anche i tironi.

Ma la verità, s'intende relativa, in quanto cioè può essere percepita allo stato delle nostre fonti, non sempre è agevole a scovrire, e bisogna spesso cercala come le perle nel fondo del mare.

L'indagine è complessa.

In contrapposto alla formula si voluerit ritenuta inefficace, anche nel fedecommesso, la Giurisprudenza accolse in primo longo quella cum voluerit (1) la quale importa che l'onerato può adempire il suo dovere quando voglia, ma in ogni caso, heres eius *praestat*.

Il praestare senza oggetto pone in sospetto la genuinità di questa decisione (2). Ma è da notare: che si tratta d'un fedecommesso e che la stessa conseguenza abbiamo riscontrato a proposito di formole analoghe nella dotis dictio (3).

Il principio teorico è espresso dallo stesso Ulpiano nel fr. 46 § 4 D. 40, 5 nei seguenti termini:

Quamquam autem in heredis arbitrium conferri, an debeatur non possit, quando tamen debeatur, conferri potest.

---

(1) Fr. 11 § 6 D. 32.

(2) Hotman Obs. I, 8, proponeva la correzione: « nihil | praestat.

(3) Esaminate nella mia opera « Dotis dictio » di prossima pubblicazione.

Ulpiano illustrava forse anche in questo luogo la formola della libertà fidecommissaria cum voluerit e ammetteva senza limiti, che il « quando » poteva essere rimesso al fiduciario.

Ma inoltre il fedecommesso si distingueva anche in ciò dal legato, che poteva pervenire al fedecommissario « herede mortuo » (1). Onde è prudente riconoscere, almeno per la sostanza, la genuinità del fr. 11 § 6 cit.

Altre formole figurano nel testo di Ulpiano (2) riferite in blocco ; le quali nell'opera originale erano forse motivate singolarmente, ma i Compilatori stretti dalla necessità di concentrare i testi ne hanno fatto un elenco con un unica motivazione (3) nel modo che segue :

si fueris arbitratus si putaveris si aestimaveris si tibi fuerit visum vel videbitur, debebitur : non enim *plenum* arbitrium *voluntatis* heredi *dedit*, sed quasi viro bono commissum relictum.

Il testo non è immune da vizi di forma : notevole il *dedit* senza soggetto. Ma ciò non basta per ributtarlo, come s'è fatto. Il confronto col fr. 7 § 1 D. 34. 5 di Gaio, sopra citato, impone la massima prudenza ; dacchè la coincidenza sostanziale delle due motivazioni è evidente.

Gli stessi esempi inoltre con un'analoga motivazione si riscontrano in altro fr. di Ulpiano, alterato dai Compilatori, ma solo al fine di estenderne l'applicazione al legato.

Il testo dice :

fr. 75 pr. D. 30 Ulp. 5 disput.

Si sic *legatum vel* fidei commissum sit relictum si aestimaverit heres si comprobaverit si iustum putaverit *et legatum et*

---

(1) Gai. Epit. 2, 8. Cfr. J. II, 20, 35 ; Gai. II, 277. Un' applicazione notevole si legge nel fr. 41 § 13 D. 32 Scaevola, con nota di Claudius.

(2) Fr. 11 § 7, cit.

(3) Un' analoga concentrazione d'un passo (1 pr. D. 45, 1) molto più grave per le incongruenze che ne derivarono, fu da me dimostrata nella *Z.S.S.*, v. 35, p. 249 ss., a proposito della incapacità del mutus, surdus infans a compiere la stipulatio.

fideicommissum debebitur, quoniam quasi viro *potius* bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum (1).

E nel fr. 46 § 3 D. 40-5 della clausola si tibi videbitur, peto manumittas è detto : ita enim hoc accipiendum si tibi quasi viro bono videbitur.

E se è possibile che rispetto all'una o all'altra di quelle formole si siano presentati dubbi e dissensi tra i giuristi, omessi dai Compilatori com'essi di solito fecero, rispetto ad altre poi la giurisprudenza non dovette avere alcuna titubanza a riconoscerne l'efficacia, come si desume dalla frase omnimodo fideicommissum debebitur con la quale Ulpiano presenta quelle : si te meruerit, si te non offenderit. Le motivazioni o apposizioni a queste due clausole sono certamente alterate, e nel fr. 11 e nel fr. 46 ; in quest'ultimo ridotte addirittura insulse.

Ma della validità del fedecommesso ordinato con quelle espressioni non è a dubitare, dacchè essa è confermata, come vedremo, da altre decisioni dei giuristi.

Insomma, nella larga trattazione dell'argomento Ulpiano procedeva in modo analitico dall'esame dei casi più gravi a quelli più piani, e di ogni singolo caso egli dava ordinariamente la giustificazione e rendeva conto dello sviluppo.

Notevole fra questi casi quello riferito nel

fr. 11 § 5 cit : nisi heres meus noluerit, illi decem dare volo, riconosciuto efficace : quasi condicionale (1) fideicommissum est.

---

(1) Beseler *Beitr.* 3, 198 ss. e Albertario l. c. p. 22 ritengono interpolato « fideicommissum ». Noi sappiamo, invece, dai passi di Ulpiano sopra riportati che quelle formole erano discusse dai giuristi rispetto a disposizioni fideicommissarie. Se è così, la critica e la ricostruzione negativa del passo fatte dai due scrittori sono arbitrarie.

(1) L'aggettivo « condicionalis » è oggi ritenuto sospetto dal Beseler, ma va notato che in Gai. IV, 119... la forma dell' aggettivo è insostituibile nella frase « ut condicionalem faciat condemnationem ». Cfr. Mitteis *Z.S.S.* v. 33, p. 199.

Lo stesso dice ULPIANO nel fr. 46 § 2 D. 40. 5 della formola Si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo. Questa costruzione giuridica è certamente di ULPIANO per quanto possa ritenersi alterata nella forma ; e su di essa dovrò ritornare più oltre.

Le clausole poi quibus voles his quos dignos putaveris ex libertis cui volueris, sono approvate e commentate largamente nel fr. 24 D. 31.

PAPINIANO ammette in altro testo (1) l'efficacia del fedecommesso in cui arbitrium filiae datum di assegnare una quantità maggiore di beni ad uno dei nipoti.

A giustificazione del giudizio espresso su i testi in esame posso inoltre aggiungere i seguenti rilievi :

In primo luogo un gruppo di confronti.

a) Nel fr. 47 § 2 D. 40. 5 GIULIANO propone il caso del fedecommesso della libertà a favore di Stico sotto la condizione si rationes reddidisset.

L'erede è assente. La decisione suona : praetoris officio continetur, ut virum bonum eligat, cuius arbitrio rationes computentur.

Or se il magistrato nella giurisdizione fidecommissaria si avvaleva del giudizio d'un tecnico, dell'arbitrium boni viri, per accertare l'adempimento della condizione imposta allo schiavo, non si vede alcuna ragione per escludere lo stesso procedimento nel caso che il dominus fosse presente e contradicente, o nel caso, prospettato nel fr. 7 pr. D. 18. 1, che la condizione fosse formulata così si rationes domini computasset arbitrio.

Da un passo di ERMOGENIANO rileviamo anzi che lo stesso schiavo poteva presentarsi al magistrato per chiedere la verifica dei conti :

(1) Fr. 76, § 5, D. 31. Il testo non è in ordine nella parte centrale, ma la specie e la decisione sono ineccepibili.

fr. 53 D. V, 1. liber etiam esse iussus si rationes reddiderit, arbitrum contra dominum rationibus excutiendis recte petet.

Dunque, la verifica dei conti può esser chiesta contra dominum, senza alcuna distinzione, anche se il testatore avesse imposto la resa dei conti arbitrio heredis. Il favor libertatis esige che siano escluse tergiversazioni da parte dell'onerato, e lo stesso è attestato a proposito degli alimenti : cfr. 5 D. 34, 1 (1).

b) Ed in realtà nello stesso modo decide Scevola nel fr. 41 § 4 D. 40, 5 che riguarda un fedecommesso della libertà, con la clausola ἐάν δὲ καὶ σοὶ ἀρέσωσιν.

L'erede non presta la libertà : dicendo

eos non placere sibi... respondit non spectandum, quod heredibus (?) displiceret. sed id quod viro bono posset placere, ut libertatem consequantur.

Il plurale in luogo del singolare heredi e la mancanza del soggetto dell'ultimo verbo non possono infirmare la decisione che è in perfetta armonia con molte altre della materia. Specialmente notevole è la frase che si legge in proposito nel fr. 22 D. 40, 4 di Africano : nam sufficere, si ex aequo et bono rationem reddat, il che limita essenzialmente e in ogni caso l'arbitrio dell'onerato.

C). Dallo stesso Scevola è trattata la specie seguente :

fr. 41 § 6 D. 40-5. Lucius Titius in testamento cavit : medicos tibi commendo illum et illum : in tuo iudicio erit, ut habeas bonos libertos et medicos, quod si ego libertatem eis dedissem, veritus sum, quod sorori meae carissimae fecerunt medici servi eius manumissi ab ea, qui salario expleto reliquerunt eam : quaero, an fideicommissa libertas supra scriptis competere potest. respondit secundum ea quae proponerentur non *necessitatem heredibus impositam* sed *arbitrium permissum*.

---

(1) Cfr. fr. 12, D. 32 riportato sopra p. 80. Vedi inoltre fr. 32, D. 35, 1. Sull' influsso delle decisioni relative a fedecommessi sul ius civile vedi più oltre p. 103 e c. III e IV.

È un quadretto leggiadro, pieno di vita e di eleganza. Ma Scevola avrà risposto probabilmente con maggiore semplicità : libertatem datam non videri. I Compilatori hanno diluita la decisione per intrudervi l'*arbitrium permissum* perfettamente superfluo. Ma non andarono oltre.

Essi rispettavano, sempre che fosse possibile, le decisioni antiche.

Le rispettavano sopratutto quando la tradizione classica era ferma, come nella specie. Infatti la forma commendo è costantemente dichiarata senza efficacia nel fedecommesso : cfr. Paul. S. IV. 1. 6 fr. 11 § 2 D. 32 — c. 12 C. 7, 4 (Diocl.).

d) Il fedecommesso con la clausola si te meruerit si te non offenderit è ritenuto efficace anche dal Beseler, almeno nel fr. 11 § 8 D. 32. Non c'è pertanto motivo, a cagione delle insulse apposizioni interposte, ributtarlo dal fr. 46 § 3 D. 40, 5.

Del resto la validità è confermata da Scevola, nel fr. 41 § 1 D. 40,5 e da Africano 1 q., nel fr. 20 D. 40, 4.

Quest'ultimo testo è notabile. Esso contiene una clausola più complessa nei termini seguenti : rogo, si te promeruerunt, dignos eos libertate existimes.

Il commento di Africano è perspicuo nel senso che l'obbligazione del fiduciario è affermata, sempre che gli schiavi non si sieno resi indegni della libertà (1).

La chiusa del passo : arbitrium tamen ..... cogatur fu forse appiccicata dai Compilatori ; ma sostanzialmente essa coincide con le norme del diritto classico attestate in altri passi (2).

Posto che la formola si te meruerit si adegua all'altra si dignum putaveris, come si desume dal commento di Africano, vengono di conseguenza confermate come efficaci tutte le altre elencate insieme nel fr. 46 § 3 D. 40, 5 e che hanno indubi-

---

(1) Cfr. anche Ulp. 2 fideic. fr. 24 D. 31 at si ita : « his quos dignos putaveris » petere posse ait eos qui non offenderint.

(2) Cfr. 11, § 6, D. 32 ; 41 § 13, D. 32.

tatamente lo stesso valore e cioè : si tibi videbitur, si probaveris, si comprobaveris, si non reprobaveris, si dignum putaveris ; onde anche il rescritto di SEVERO, ivi citato, riferentesi a fedecommesso della libertà con la clausola ἐὰν δοκιμάσῃς doveva essere affermativo, come è riportato, e non negativo, come il BESELER lo suppone.

Una nota di CLAUDIUS al l. 21 dig. di SCEVOLA è così riferita : 17 D. 40, 5 : Cum tibi visum fuerit manumittere utiliter datur fideicommissa libertas.

Sospettare alterato il passo nella sostanza non si può senza grande arbitrio.

La formula è uguale a quella cum volueris certamente approvata dalla giurisprudenza. Ma il breve testo è, come di solito, un sunto dell'originale.

Dopo i confronti alcuni rilievi.

Grave sopra tutte le altre è l'affermazione del BESELER, il quale nega l'efficacia del fedecommesso a favore di persona o schiavo a scelta dell'onerato, con la clausola « cui voles » « quibus voles » ; s'intende tra un gruppo d'individui della familia o di persone contemplate nel testamento. Il caso è riportato da ULPIANO nel fr. 46 § 5 D. 40-5 : ex his duos quos vellet manumitteret. La decisione affermativa è sicura. È confermata da tutto il fr. 24 D. 31 dello stesso ULPIANO, che ne tratta ampiamente, e da PAPINIANO nella decisione citata sopra del fr. 76 § 5 D. 31. MARCELLO anzi ne deduce : posse heredem et indignum praeferre, il che noto per mettere ancora in evidenza l'ammissibilità di quelle varie clausole e i commenti e gli sviluppi che i giuristi dedicavano ad ognuna di esse.

E d'altronde la ricostruzione del BESELER (1) del fr. 46 § 5 D. 40, 5 è impossibile. Infatti nel testo è data la exceptio doli contro il legatario vindicante perchè pur essendo il fede-

(1) *Beitr.* 3.200.

commesso valido, non può per se stesso adimere il legato. Il BESELER dice, invece, il fedecommesso della libertà è nullo, [sed]... legatarius... exceptione doli repelletur. Ma a chi giova? L'exceptio ha fondamento nella volontà del testatore e serve ad attuare il fedecommesso (1). Così in altra occasione ULPIANO scrive : si conveniatur debitor ab herede, doli exceptione uti potest : quae res utile fideicommissum facit : fr. 77 D. 30.

Soltanto con un'esegesi arbitraria del passo si può spezzare il nesso inscindibile che è tra la volontà del testatore, fondamento dell'exceptio, e il fedecommesso. La electio è in molti passi attribuita all'onerato, e il fedecommesso riconosciuto sempre valido senza ombra di dubbio : cfr. 67 fr. §§ 1-3 D. 31 — fr. 24 D. 31 (2) fr. 41 § 13 D. 32 — c. 16 C. 7. 4 (JUSTIN.).

La formula si volueris dà luogo a speciali osservazioni. Essa fu certamente respinta dalla giurisprudenza classica in tutti gli atti giuridici, cioè non solo nella stipulatio e nel legatum ma anche nel fideicommissum libertatis (3).

Or è bene notare che i Compilatori mantennero salda la esclusione riproducendo un testo di POMPONIO 16 *ad Sab.*, che la dichiara sempre distituita di qualsiasi effetto. È il fr. 8 D. 44, 7 di cui la motivazione fu raffazzonata con elementi classici, nel modo che segue :

nam nec heres promissoris eius, qui numquam dare voluerit, tenetur, quia haec condicio in ipsum promissorem numquam extitit.

Questo guazzabuglio, che il MOMMSEN invano s'industria a purgare, apparisce desunto dalla larga trattazione che Pomponio faceva in quel luogo delle varie formule con « velle » (4).

---

(1) Così anche M. BOHACEK « Ademptio legati nel diritto romano » (Praga, 1925, in lingua czeca) Cap. II. In altri passi la exceptio fu naturalmente eliminata dai Compilatori, es. nel fr. 11 pr. D. 40, 4.

(2) Sul § 3 di questo passo cfr. JENSIUS, *Stricturae*, p. 242.

(3) Cfr. fr. 43 § 2, D. 30 ; fr. 46, § 3, D. 45, 1 ; fr. 108, § 1, D. eod ; fr. 46, § 3, D. 40, 5.

(4) Cfr. fr. 4, D. 19, 2 e LENEL Pal. Pomponii n. 637.

Noi sappiamo infatti che nel fedecommesso, costituito con la frase cum voluerit l'erede del fiduciario era tenuto ad eseguire la prestazione, che si riteneva scaduta con la morte dell' onerato (1).

Ciò non avveniva nel legato e nella stipulazione.

Gli elementi genuini della motivazione pertanto dovevano riferirsi alla stipulatio con la clausola cum volueris (2). Onde si arguisce che il testo di POMPONIO doveva contenere una trattazione più larga della clausola « si volam » e di quelle affini apposte a varie categorie di afti giuridici, e che i Compilatori ne fecero un sunto adatto al tit. D. 44. 7.

Ma il testo più grave in proposito è il fr. 46 D. 40, 5 che riporta due decisioni con la clausola « si volueris » relative alla fideicommissa libertas, l'una in senso contrario all'altra, l'affermativa nel pr., la contraria nel § 3.

Il BESELER rigetta come insiticia la prima contenuta nell' introduzione del testo.

L'Albertario ricostruisce la prima in forma negativa e annulla invece la seconda.

Le congetture, si sa, dipendono dal temperamento del critico; ed ogni critico tiene ad inventarne una nuova. Sarebbe perciò di cattivo gusto escogitarne una terza o una quarta (3) o ancora forse un'*ennesima*, dacchè il numero ordinale dipende sempre dalla larghezza delle indagini nelle opere dei vecchi commentatori.

Il male è che i preziosi commenti degli antichi interpreti oggi sono coperti di polvere.

---

(1) Cfr. sopra, p. 88 n. 1.

(2) Cfr. fr. 46, § 2, D. 45, 1 e p. 104. Rispetto all' interpretazione dello squarcio vedi nello stesso senso le acute osservazioni di Averanio. Interpr. II c. 23, dov'è citato anche Ghiphanius.

(3) Il Cuiacio infatti (Opp. v. VI c. 725) volle conciliare le due decisioni, dando alla prima clausola « si volueris » il valore di una condicio nulla come nel fr. 44, § 2, D. 44, 7. Ma vedi un' altra soluzione in Observ. II, 2 c. più oltre, p. 98, n 3.

Tutta la scienza contenuta nel Corpus iuris si crede di poterla valutare, invece, attraverso gli elementi formali dei testi, che sono riboccanti in realtà di alterazioni. Onde taglia oggi e taglia domani, a diritta e a manca, andando di questo passo fra un decennio verrà un novello Iensio che coprirà di ignominia i nomi dei giuristi romani per avere usurpato per così lungo volger di secoli tutta la gloria delle scuole bizantine (!). Per fortuna la storia non è una cosa così banale.

I problemi che presentano le nostre fonti sono molto più ardui, e spesso più si allarga l'indagine e più quelli si avviluppano sino al punto che bisogna conchiudere con un non liquet.

Or per il giudizio del testo in discussione, che presenta due responsi ritenuti contrari, è almeno utile un breve esame e notare :

a) che Ulpiano nel fr. 11 § 5 D. 32 ammette il fedecommesso con la clausola nisi heres meus noluerit, illi... volo e lo dice quasi condicionale.

Nel § 2 del fr. 46 D. 40. 5, che è nel mezzo tra le due decisioni ritenute oppugnanti, lo stesso Ulpiano riconosce valido il fedecommesso si Seius voluerit e così lo giustifica : quia condicio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, si Titius Capitolium ascenderit.

La genuinità di questa decisione è confermata dal fr. 1 pr. D. 31, dove Ulpiano scrive :

In arbitrium alterius conferri legatum veluti condicio potest. (Mo. est) quid enim interest si Titius in Capitolium ascenderit mihi legetur an si voluerit.

Notevole l'equiparazione rispetto al problema in esame del fideicommissum al legatum. Onde non si può reprimere il dubbio, suscitato da questi passi concordanti, che Ulpiano avesse sostenuto in proposito una dottrina nuova, con la quale egli, o un suo predecessore, avesse tentato di salvare le formule nisi noluerit, si voluerit, sia nel fedecommesso sia nel legato, con la costruzione della condicïo.

Significativa è nei tre testi l'assimilazione alla condicio con gli avverbi quasi, potius, veluti, che si sostengono a vicenda. In essi appare anche indifferente che si tratti dell'arbitrio d'un terzo o dell'onerato. Or se molti testi sono contrarii alla validità di simili legati, non puó escludersi a priori, per ció stesso, la possibilità d'uno sviluppo attestato in passi provenienti da uno degli ultimi giuristi. Sarebbe enorme sospettare la paralasi nel progresso del diritto e delle doltrine fin dal periodo dei SEVERI, in cui invece esso assume per certi rispetti un ritmo più accelerato (1).

Ed invero :

b). La dottrina come sopra formulata appare combattuta da MODESTINO nel fr. 52 D. 35. 1 estratto dal l. 7 differentiarium.

La natura dell'opera è nella specie da notare. E MODESTINO con l'opinione tradizionale insegna : che vi sono elementi che inseriti negli atti li rendono inefficaci, quantunque non inseriti vi possano tacitamente operare, e così lo dimostra :

Quod evenit, si alicui ita legatur : Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit, nam quamvis in arbitrio Maevii sit, an Capitolium ascendat et velit efficere, ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit aliis verbis utiliter legari : si Maevius voluerit, Titio decem do : nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest.

Questa dottrina, senza dubbio tradizionale (2), investe precisamente la costruzione ulpianea.

La contraddizione fu rilevata dagli antichi interpreti (3).

MODESTINO cita gli stessi esempi del suo Maestro, tra i quali, egli dice, non c'è differenza nel potere di volontà di MEVIO, ma tuttavia la tradizione giuridica ha respinto sempre il diretto riferimento alla volontà del terzo ; onde la formula si Maevius voluerit rende nullo il legato.

---

(1) Cfr. in proposito De Francisci BJDR. v. 34, p. 321 ss.

(2) Cfr. GAIO 32, pr. D. 28-5, riportato sopra p. 78, n. 3.

(3) In primo luogo, come sempre, dalla Glossa : cfr. ad l. 1, D. 31.

c). Se Ulpiano predilesse quella costruzione della condicio, tanto nel legato che nel fedecommesso, per dichiarare valida una disposizione rimessa alla volontà dell'erede, in forma negativa nisi heres noluerit o positiva si volueris il tentativo è degno di rilievo.

Infatti ove si ricolleghi a questa costruzione la regola, di cui dirò più oltre (1), che cioè la condizione si ha per adempiuta qualora essa venga meno per fatto del debitore, allora la nuova dottrina apparisce nel suo pieno valore, nel senso che Ulpiano aveva trovato il modo di rendere efficace un fedecommesso e anche un legato rimesso alla volontà dell'erede con la clausola condizionale si voluerit, nisi noluerit, perchè l'erede non può senza un motivo plausibile frustrare la condizione.

Argomento diretto a sostegno della sua costruzione Ulpiano rinveniva nello esempio analogo, ammesso dalla giurisprudenza: si Capitolium ascenderit (2). Lo stesso Modestino, che negava si potesse dedurre dalla validità di quest'ultima disposizione l'efficacia di quelle con si voluerit doveva pure riconoscere che la differenza era formale non sostanziale, perchè nell'una e nell'altra clausola il potere della volontà dell'onerato era identico.

Se è così, noi ora, dando ascolto alla ispirazione del senso comune, siamo indotti a pronunciarci a favore di Ulpiano, il quale con la costruzione della condicio ammetteva, dov'era possibile, la validità di clausole con riferimento diretto alla volontà dell'erede o d'un terzo.

La condicio, peraltro, in forza della nota regola or ora citata, importava una limitazione dell'arbitrio dell'onerato (3) e l'efficacia del legato disposto in quel modo, in tutti i casi in

---

(1) Cfr. p. 105.

(2) Tipico esempio di scuola che ritorna nei testi del Digesto: cfr. 68, D. 28, 5; 10 pr. D. 34, 5; 11 § 1, D. 35, 1.

(3) Cfr. anche Cuiacio Obs. II, 2 e già Rogerio nella gl. *conditio* citata nella nota precedente 3 a p. 97.

cui non c'era una causa che giustificasse il non volere dell' onerato. E questo era un passo avanti che la giurisprudenza tentava nel modo consueto per via di analisi dei fatti, di valutazioni psicologiche e di costruzioni giuridiche, spezzando ogni giorno un anello del formalismo del ius civile per attuare la volontà del disponente in maniera conforme all'equità ed alle esigenze della vita.

È ovvio che questo sviluppo dovette avere dapprima impulso dalla pratica dei fedecommessi e propagarsi in un secondo tempo ai legati.

Ulpiano nel fr. 46 § 2 D. 40, 5 tratta del fedecommesso della libertà con la clausola si Seius voluerit e ne sostiene la validità con la frase: mihi videtur, posse dici, opinione personale, dunque, anche se il *posse dici* (1) si ritenga interpolato. Negli altri passi, che trattano lo stesso punto di diritto, i dubbi poterono essere eliminati dai Compilatori.

Dopo queste osservazioni io domando, se è lecito cancellare come fa il Beseler tutto il pr. del fr. 46 cit. che riporta intera la formola d'un fedecommesso della libertà nei termini seguenti:

heres, si volueris, fidei tuae committo, ut Stichum manumittas? Che la motivazione che segue sia alterata è sicuro. Nutu = voluntate non poteva essere adoperato in questo proposito dal giurista. Forse la motivazione, che ha certamente elementi classici (2), era nello squarcio ulpianeo in una diversa relazione. Ma in ogni modo l'esempio non potè essere inventato dai Compilatori, e la decisione è probabile sia pure genuina.

Ridotto ormai il problema a questo punto, io chiedo: se è credibile che Ulpiano avesse applicato nella specie la sua costruzione prediletta della condicio, come fa nel § 2 e ancora nel fr. 11 § 5 D. 32: nisi heres meus noluerit? E chiedo in

(1) Cfr. Gradenwitz, *Interpol.*, p. 177.
(2) Cfr. fr. 43, § 2, D. 30; 52 D. 35, 1. e sopra p. 84.

secondo luogo : se è possibile stabilire una differenza, sia pure capillare, fra le due clausole che si rinvengono nel passo :

a) pr. heres, si volueris, fidei tuae committo, ut Stichum manumittas.

b). § 3 : si heres voluerit

Io non voglio decidere siffatti dubbi, perchè non ho elementi sicuri di confronto.Potrei dire che la seconda, dichiarata nulla da Ulpiano, rimette direttamente ed esclusivamente all' arbitrio dell'erede la concessione della libertà al servo ; mentre nella prima è anche possibile interpretare si volueris come nel fr. 11 § 5 D. 32 il nisi heres meus noluerit nel senso di una condizione apposta al fedecommesso voluto dal testatore (1). Se fosse così la contraddizione tra le due decisioni (del pr. e del § 3) sparirebbe, e le interpolazioni evidentissime congiunte all'una e all'altra proverebbero il lavoro di livellamento fatto sui testi dai Compilatori, i quali già rilevano nel § 3, dov'era necessario, che ove sia escluso l'arbitrio assoluto dell'erede, la disposizione, anche se espressa con la frase si heres voluerit, è efficace. Anche questa interpolazione s'intende bene ora. Gli artefici della codificazione dovevano dare alle decisioni particolari la struttura di norme generali di diritto, ponendo sempre in rilievo maggiore il fondamento di quelle (2).

La volontà del testatore non solo era divenuta nel nuovo diritto generatrice per sè di tutte le conseguenze giuridiche, rispetto al modo e alla misura, a causa dell'obliterazione delle forme, ma era divenuta tale precisamente, seguendo lo sviluppo segnato dalla stessa giurisprudenza classica ; la quale, ogni giorno, con l'analisi più acuta dei fatti giuridici e con geniali ma a volte ardite o sforzate costruzioni ne rivelava e attuava la forza.

---

(1) Così in sostanza anche Cuiacio l. c. e Rogerio cit.

(2) Il numero delle interpolazioni che hanno siffatta funzione è naturalmente cospicuo : cfr. p. es. fr. 43, § 2, D. 31.

Ma comunque si pensi di tutto ciò; cioè della costruzione ulpianea messa in luce, del contrasto di MODESTINO, dell' interpretazione del caso deciso nel fr. 46 pr., una cosa sola io voglio affermare, che di fronte al dubbio sul valore d'un testo il critico non puó sbrigarsene ributtandolo con un taglio di penna.

I vizi formali non gli dànno ragione di farlo. All'opposto, i testi più sversati e più scordati sono da considerare, quali erano in realtà (1), la sede delle dottrine più gravi nelle trattazioni dei giuristi, dove essi esponevano nuovi tentativi o sviluppi, riferimenti o contrasti, confronti o distinzioni, che non potevano figurare nell'opera legislativa, la quale doveva essere, più che in realtà non sia riuscita, sintetica e unitaria.

Su ciò bisogna insistere in generale, e non è mai superfluo indugiarvisi nei casi speciali.

È vero infatti che nè i frammenti dei Digesti nè gli estratti a noi pervenuti da collezioni antegiustinianee ci dànno un'idea adeguata della ampiezza delle trattazioni dei giuristi sui singoli punti di diritto, specialmente nei commenti *ad Sabinum* e *ad Edictum*, nei libri digestorum, nei libri quaestionum e disputationum e nelle opere su singoli istituti o parti di diritto.

Nelle raccolte posteriori all'età classica si sentì il bisogno di ridurre e semplificare le esposizioni dei giuristi, le quali si svolgevano attorno a casi della pratica e a giudicati, compatte, ricche di analisi e di sviluppi, rese più complesse da citazioni dei più antichi giuristi e da divergenze di opinioni. Anche gli estratti contenuti nei V. F. furono alleggeriti e in parte suntati; ma quelli elaborati dai GIUSTINIANI con metodo costante e maggiore libertà.

Da ciò deriva che l'opera quotidiana della giurisprudenza e la lenta e ponderata formazione delle dottrine giuridiche non appariscono alla nostra osservazione.

---

(1) Cfr. le mie osservazioni in « *Revue d'histoire du droit* » (Haarlem, v. 3, p. 349.

Nondimeno indizi ripullulano da tutti i testi, manipolati comunque dai Compilatori.

Così, rispetto alla dottrina dello arbitrium boni viri accanto alla menzione dei veteres nel fr. 7 pr. D. 18. 1 leggiamo: placuit ..... magis; nel fr. 46 § 3 D. 40-5 : deberi placuit e poi puto deberi ; nel fr. 11 § 8 D. 32 la clausola si te meruerit è contrassegnata dalla frase omnimodo fideicommissum debebitur; nel fr. 7 (8) § 1 D. 34. 5 a riguardo del fideicommissum cui ipse vellet GAIO scrive :

verissimum est utile esse... nec enim in arbitrio eius qui rogatus est positum est, an omnino velit restituere, sed cui potius restituat.

Certamente è sempre possibile il sospetto che una o altra di quelle frasi con : *placuit*, *magis*, *verissimum*, *puto*, *quasi*, *omnimodo*, *omnino* siano state introdotte dai Compilatori per modificare comunque i passi escerpiti ; ma ciò non significa che le decisioni cui sono applicate siano nuove o contrarie a quelle classiche ; piuttosto l'esperienza (1) insegna che esse di preferenza servirono a segnare sinteticamente il risultato cui la giurisprudenza classica era pervenuta, a volte in seguito a contrasti. Se quelle frasi, poi, ritornano in una dottrina costantemente nei vari testi quella spiegazione è necessaria.

Nel caso in esame lo sviluppo giurisprudenziale è reso evidente dal passo di GAIO ora citato, dove il superlativo verissimum e l'avverbio omnino segnano già il superamento della dottrina rispetto a quel punto, con la motivazione che l'arbitrium nel fedecommesso cui voles non significa che dipenda dall'erede an omnino velit restituere, il che vale lo stesso che dire, come dissero i GIUSTINIANI, non è *plenum* o *merum*.

In verità la distinzione era finissima ma precisa anche rispetto ad una clausola col «velle».

---

(1) Non la mia esperienza, bensì quella che si ricava dal confronto dei passi contenuti nelle opere o collezioni antegiustinianee con la redazione giustinianea degli stessi squarci. In proposito vedi il notevole articolo del BUCKLAND, cit. sopra, p. 43, n. 1.

Le applicazioni si dovettero subito moltiplicare.

Dopprima fu ammessa quella cum volueris in confronto a quella si volueris dichiarata inefficace ; ammessa poi quella si te meruerit e le altre equivalenti si dignum putaveris, si probaveris, si non reprobaveris, e così di seguito ; ammessa infine, almeno da ULPIANO, dapprima nel fedecommesso e poi nel legato, anche quella «si volueris» nei casi in cui la formola poteva essere interpretata come una condizione e non come un puro riferimento all'arbitrio dell'onerato.

Nè c'è motivo di negare un siffatto sviluppo nella recezione delle formole testamentarie esaminate, chè al contrario tutta l'attività della giurisprudenza classica si è svolta con fervore e con incomparabile acume nel senso indicato ; cioè, seguendo gl'impulsi della pratica, essa accresce ogni giorno il patrimonio giuridico, con una decisa tendenza ad applicare nuove decisioni, meglio rispondenti alle esigenze dei tempi, a tutti gli ordinarmenti giuridici, a tutte le forme di giudizi.

Questi rilievi nell'insieme mostrano dunque che è cosa ben diversa scovrire un'interpolazione e tutt'altra cosa dedurne conseguenze per le dottrine : le quali spesso vengono da lontano, temprate or da contrasti or dall'esperienza di secoli, or dall'analisi sempre più penetrante e più larga dei giuristi, riconoscibili sempre pur nel folto delle manipolazioni bizantine.

2. *Influsso della cognitio extra ordinem sul ius civile.*

Nel chiudere questa breve trattazione intorno al riconoscimento di forme varie e più libere di fedecommessi, secondo la volontà del defunto, è opportuno porre in rilievo che lo stesso ius civile ne risentì l'influsso, per quanto le sue forme rigorose e la vetusta tradizione lo rendessero chiuso e quasi impenetrabile ai nuovi bisogni e alle nuove correnti d'idee. Ma la giurisprudenza sempre vigile e perspicace sa trovare argomenti e mezzi per farvi penetrare nuovi elementi già sperimentati negli ordinamenti e negli istituti più vivi e più liberi.

Vari esempi abbiamo riscontrato di norme applicate dapprima ai fedecommessi ed estese poi ai legati. Se ne possono citare altri.

Gaio II, 280 ne offre uno perspicuo : nei fedecommessi, egli dice, son dovute usure per la mora, ma non nei legati : scio tamen Juliano placuisse, in eo legato quod sinendi modo relinquitur idem iuris esse quod in fideicommissis ; quam sententiam et his temporibus magis optinere videc.

La massima si dovette propagare naturalmente a tutti i legati con la decadenza delle forme ; infatti nel diritto postclassico come nel Corpus iuris è ammessa nel legato (1) in pari misura che nel fedecommesso.

Rispetto alla clausola cum volueris si nota pure l'estensione dal fedecommesso al legato e poi alla stipulazione. Infatti si legge nel fr. 46 § 2 D. 45. 1 Paul 12 *ad Sab.*

Si ita stipulatus fuero cum volueris quidam inutilem esse stipulationem aiunt, alii ita inutilem, si antequam constituas morieris, *quod verum est.* § 3. Illam autem stipulationem si volueris, dari? inutilem esse constat.

Non abbiamo motivo di negar fede a questo passo, che riporta la controversia ancora viva al tempo di Paolo. Le frasi quidam... alii se spesso sono interpolatizie in luogo di nomi di autori (2) sono pure correnti nelle opere giuridiche, come si vede in Gaio (3).

L'approvazione quod verum est è probabile sia dei Compilatori.

Ma in ogni caso è certo che la stipulazione cum volueris doveva essere dichiarata nulla, come dice il testo, qualora il promittente non avesse prima della morte costituito di volere ;

---

(1) Fr. 34, D. 22, 1 testo suntato, dove per altro è evidente l'interpolazione *legatis*. Cfr. *Z.S.S.*, v. 43, p. 349. Paul. S. 3, 8, 4 *vel legatorum*, cfr. Seckel et Kübler, p. 92, n. 1.

(2) Cfr. *Annali del Seminario Palermo*, v. III, IV, p. 476 ; fr. 1, § 1 (47-3), fr. 14 pr. D. 29, 7 ; per quest' ultimo passo Pringsheim, Festgabe f. Lenel, p. 216.

(3) Gai. 2, 215 ; 3, 184.

perchè in ciò legato e stipulazione differivano essenzialmente dal fedecommesso (1).

Sviluppi di questo genere potrebbero essere segnalati a dozzine nelle nostre fonti, ma di essi i più significativi sono ancora inesplorati, perchè le indagini sulle origini delle dottrine civilistiche non poterono finora nemmeno essere intraprese.

Esse sono divenute imprescindibili oggi, sia per la storia della dommatica giuridica sia per la critica del Corpus iuris, la quale ultima specialmente è tralignata e corre pericolo d'imbastardirsi del tutto per la mancanza d'un sano alimento che solo lo studio delle dottrine può dare. Mi sia consentito per ciò d'illustrare un altro esempio, notevolissimo per la dommatica e per la critica, nel senso or ora detto, e ch'è rimasto finora occulto.

Si tratta della massima: che la condizione si deve ritenere come adempiuta se è mancata per opera di chi aveva interesse che non fosse adempiuta. La regola è riportata principalmente da due testi paralleli, dei quali uno contiene preziose notizie intorno al suo sviluppo.

fr. 24 D. 35. 1 (Julianius) 55 dig. *Iure civili* receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem (non) impleri, fit, quo minus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta condicio fuisset: quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt. Quibus exemplis stipulationes quoque committi quidam *recte* putaverunt, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret.

fr. 161 D. 50. 17 (Ulpian) 77 ad Ed. In *iure civili* receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset: quod ad *libertatem et* legata et ad heredum institutiones perduc*itur*, quibus exemplis stipulationes quoque commit*tuntur*, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret.

(1) Cfr. sopra p. 88, n. 1. Per la stipulazione ostava il principio tradizionale illustrato da Gaio 3, 100; cfr. la mia nota in «*Studi Perozzi*», p. 359.

Nel tit. de Reg. Iuris il testo fu accolto con lievi ritocchi di carattere legislativo.

Soppressi vi furono gli elementi che segnavano lo sviluppo della massima: plerique, quidam, [recte] (1) le forme personali dei verbi perduxerunt, putaverunt per cui la massima assunse forma compatta, oggettiva e decisa.

La frase *libertatem et* non si vede perchè vi fu aggiunta, ma una probabile spiegazione scaturirà forse dall'esame più profondo della redazione giulianea, la quale, non solo è senza dubbio più genuina, ma conserva intatta la sua struttura originaria.

Da questa infatti si desume che la massima recetta dapprima in un ramo speciale, che, come vedremo, non può essere il ius civile, fu estesa gradualmente agl' istituti di ius civile, al legato, all'eredità e poi anche alla stipulatio.

Ma al tempo di GIULIANO la prima estensione era ammessa già dalla opinione dominante, mentre a riguardo della stipulatio, cioè di negozi del commercio, erano solo alcuni che la sostenevano.

Non indaghiamo qui le cause di questa più lenta penetrazione della regola nella complessione dei negozi del commercio che nei iura testamentorum, perchè un'altra indagine è preliminare.

La regola non poteva nascere nello ambito del ius civile, perchè il fatto oggettivo della mancata condizione traeva seco inesorabilmente nel diritto rigoroso la inesistenza di qualsiasi effetto giuridico; cioè del legatum, dell'institutio heredis, dell'obligatio verbis.

In un iudicium strictum il giudice senza una speciale autorizzazione del pretore (mediante una fictio) non avrebbe potuto giudicare valido il legato, istituito l'erede, esistente l'obbligazione, perchè l'elemento essenziale posto nella solenne dichiarazione mancava.

---

(1) Ma quest' avverbio è probabile sia insiticio, cfr. *Z.S.S.* v. 34, p. 221 ss.

GIULIANO non accenna nel testo ad un intervento del pretore col mezzo d'una fictio ; ma chiaramente esprime che lo sviluppo procedeva per opera della giurisprudenza, la quale affermava anche in quei rapporti di ius civile si dovesse ritenere direttamente, e senza ausilio del pretore, la condizione frustrata dal debitore ac si impleta fuisset.

Noi conosciamo da altri istituti lo sforzo compiuto dalla giurisprudenza nell'elaborazione delle figure giuridiche per riportare gli effetti d'un fatto o d'un atto giuridico, estranei per sè ad un atto solenne già costituito, direttamente sull'atto solenne medesimo, determinandone la modificazione o l'estinzione.

Esempi di dottrine di questa categoria, vivamente contrastate, offrono la novatio sub condicione (1), la purgatio morae (2), la datio in solutum (3) e molte altre che non occorre qui elencare (4).

Quest' attività della giurisprudenza dèv'essere anzi segnalata come la più eccelsa e la più feconda per il progresso del diritto civile, iniziatasi con i giuristi dell'epoca repubblicana e proseguita con grande fervore nel periodo imperiale. Le difficoltà da superare, dapprincipio, erano formidabili, perchè secondo il formalismo del ius civile, ogni atto solenne vive della sola forza che gli viene impressa nel momento della costituzione dalle parole pronunziate, e quella forza non poteva essere paralizzata o annullata che da un contrarius actus.

---

(1) Cfr. in proposito la mia «Dotis dicto». [Il problema è trattato ora dal KOSCHAKER (*Festschrift für Hanausek*, p. 5 ss.) ma in modo insufficiente.]

(2) Vedi *Annali Palermo*, v. XI, p. 341 ss. La contraddizione del KOSCHAKER, l. c., p. 21 è fondata unicamente su nozioni tradizionali che ignorano l'imponente sviluppo delle dottrina classica in questa direzione. Avverto che io ho rivolto solo da poco tempo la mia attenzione su questo problema e non giova citare istituti, testi, interpolazioni senza un esame accurato delle dottrine relative. Ma gli esempi addotti dovrebbero bastare almeno come spunti a ulteriori indagini.

(3) GAI, 3, 168

(4) In generale cfr. sopra p. 15 altri esempi occorreranno in seguito vedi a p. 110.

Se così è, non possiamo ammettere quel che enuncia simpliciter il testo nell'introduzione : *iure civili* receptum est. La recezione fu opera d'un lento sviluppo, che non potè avere inizio nel campo del ius civile. La contraddizione d'altronde è manifesta nella relazione giulianea.

Quel che si dice già iure civili receptum appare subito (quod) esteso, e non senza contrasti, a legati, eredità, da altri pure alla stipulatio, cioè agl'istituti che costituiscono appunto il ceppo del ius civile, cui possono accedere condizioni. Onde la frase iniziale : *iure civili* è inconciliabile con la relazione giulianea sullo sviluppo della regola.

Si deve supporre piuttosto che la massima fu applicata dapprima e recetta in un ramo speciale del diritto, forse nella giurisdizione extra ordinem, forse in materia di libertà fedecommissaria, estesa poi in grazia del favor libertatis a tutti i casi di libertà. Il favor libertatis fu certamente applicato nel periodo classico, proviene già dal diritto antico : cfr. Gai IV, 14 ; e II 236. L'estensione della regola ai legata, all'heredis institutio e alla stipulatio doveva procedere con maggiore difficoltà.

Certo è che la regola tante volte è riferita a disposizioni relative alla libertà : fr. 40 § 8 D. 40, 7 ; fr. 3 § 3 D. eod. (1).

In un passo estratto da Pap. 9 resp., sempre in riferimento alla libertas, si legge una frase che merita essere riveduta.

fr. 78 pr. D. 35, 1 : Cum pupillus aut tutor eius condicionem in personam pupilli collatam impedit, tam legati quam libertatis *iure communi* condicio impleta esse videtur.

La critica del testo non è semplice, per quanto la sua struttura sia pessima. Si può dubitare se Papiniano abbia trattato congiuntamente del pupillus aut tutor—tam legati quam liber-

(1) Alla heredis institutio è riferita da Paolo ad Sab. nel fr. 3 (28-7) ; brevissimo testo (!) e non perfettamente in ordine nella forma. Si tratta per altro d'un sunto. Il fr. 23 D. 28, 7 di Marcello è interpolato appunto in relazione alla regola in esame (Eisele).

tatis (1); ma in ogni caso la frase *iure communi* si manifesta dalla sua collocazione insiticia.

Se PAPINIANO si riferiva alla sola libertas è da supporre che, dato il contrasto di opinioni rispetto ad altri istituti a noi noto dal passo di GIULIANO, egli avesse scritto:

libertatis condicio iure [singulari] impleta esse videtur.

Ed in verità in questa materia la regola era recetta.

Inoltre lo stesso PAPINIANO nel fr. 22 § 3 D. 40, 5 estratto pure dal l. 9 resp. riporta una decisione a favore della libertas con l'identica frase « iure singulari recepta ».

Ma checchè sia di ciò, la frase *libertatem et*, che indicai interpolata nel fr. 161 de R. J., ora trova forse la sua giustificazione.

Se il testo originale di GIULIANO e di ULPIANO s'iniziava con la frase: in fideicommissariis libertatibus receptum est, si intenderà facilmente il motivo della sostituzione dell'altra *iure civili* al posto della libertas, la quale poi fu trasportata tra gli esempi d'applicazione della regola accanto a « legata, heredis institutiones, stipulationes » (2).

Una siffatta generalizzazione s'imponeva nell'opera legislativa, trattandosi di una notevole regola di diritto, la quale per altro aveva già nell'epoca classica, come apprendiamo da GIULIANO, compiuto in gran parte il corso del suo sviluppo. Ora sappiamo che essa deve la sua origine al favor libertatis e a considerazioni di equità; e passò nella complessione del ius

---

(1) Certo non abbiamo per ogni singola decisione altri passi che servano di controllo, ma si deve pur considerare che la distinzione tra «libertas» e «legatum» apparisce ancora in grande evidenza nei testi: cfr. 51 pr. 94, 87-89 D. 35, 1; c. 2 C. 6, 45 (GORDIANO).

Forse anche il LENEL ha avuto lo stesso dubbio a riguardo del passo in esame, dacchè (Pal. Papin. 622 n. 2) egli vi ha apposto la seguente nota: *ad condiciones libertati impositas haec spectant.*

(2) A questa ricostruzione dei due testi non può ostare il fatto che tanto Giuliano [v. LENEL Pal. Jul. nr. 724] quanto Ulpiano (v. LENEL Pal. Ulp. nr. 1696] trattavano l'argomento sotto la rubrica «vadimonium sisti», perchè una relazione generale del problema poteva essere inserita in un qualsiasi luogo a proposito della sua applicabilità, anzi preferibilmente dove il contrasto era più vivo.

civile, perchè anche in questo si afferma sempre più la forza dell'aequitas. Perciò si è trasfusa integralmente nel diritto moderno: Cod. francese art. 1178; ital. 1169; tedesco § 162, giapponese art. 130; svizzero art. 176, etc.

E infine giova segnalare anche questo come uno degli esempi più perspicui dello sviluppo del ius civile senza l'ausilio dei mezzi pretori, operato quindi direttamente dall'attività della giurisprudenza nel senso indicato più sopra (1).

CONCLUSIONE

In definitiva, ritornando dopo questa digressione al nostro argomento, le forme di obbligazioni indeterminate erano del tutto escluse nell'ambito del ius civile, formalistico e rigoroso. Esse si svilupparono invece in quegli istituti che il diritto aveva assunti dalla vita pratica, con le stesse forme spontanee in cui si manifestavano e che erano particolarmente dominati dalla fides.

Gli esempi più perspicui perciò si riscontrano nella dotis dictio e poi nel fideicommissum.

Gl'istituti di diritto ereditario ne risentirono l'influsso più prontamente, come appare da singole decisioni, fra le quali notevolissima quella riferita da Celso nel fr. 30 D. 31 (2).

Nel campo dei negozi la penetrazione fu più lenta e rispetto alla indeterminatezza di alcuni elementi contrastata.

Noi abbiam visto di già (3) che la giurisprudenza con maggiore cautela e più lentamente procedeva nell'ammettere nuove

---

(1) Cfr. p. 107, n. 4 e p. 15.

(2) L'Albertario l. c. p. 20 stronca soverchiamente questo passo. Che fu rimaneggiato non è dubbio; citazioni e sviluppi che occorrono in altri passi [cfr. 12 D. 32 e sopra p. 80] dovettero essere soppressi. Ma la decisione non c'è motivo di sospettarla: potest tamen videri tanta summa legata quanta ei rei sufficeret. Altri confronti vedi in Averanio Interpr. l. IV, XV, 7. Sul testo di Celso cfr. per altro Gradenwitz Interp., p. 211.

(1) Cfr. sopra p. 106.

costruzioni e sviluppi nel campo dei negozi inter vivos; evidentemente per il motivo che in questi dovevano essere considerati gl'interessi delle due parti e quelli generali del commercio, mentre rispetto alla libertà e ai negozi mortis causa si afferma più prontamente e sempre più largamente il riguardo alla volontà del testatore.

Ma con l'unificazione di tutti gli ordinamenti giuridici che si venne compiendo nel diritto postclassico, sparita la distinzione dei giudizi, le forme di obbligazioni indeterminate si propagarono dapertutto e di regola in quegli stessi limiti segnati dalla giurisprudenza classica nel campo della dotis dictio e del fideicommissum.

Nè la estensione deve attribuirsi all'opera dei Compilatori o dei Maestri Bizantini, chè essa si svolse in conformità allo sviluppo generale del diritto romano. Come s'è visto, in singoli esempi, anche della materia trattata, la stessa giurisprudenza classica aveva iniziato l'opera di fusione di tutti gli ordinamenti giuridici procedendo con grande ponderazione e con ordine. La fusione così avviata si compì disordinatamente e rapidamente nel diritto postclassico di pari passo con la decadenza delle forme solenni del ius civile e col pareggiamento di tutti i giudizi.

III.

LEGATI E FEDECOMMESSI, VERBA E VOLUNTAS

I. Ora siamo in grado di affrontare, almeno per una visione generale, il problema dell'influsso esercitato dal diritto dei fedecommessi sugli istituti ereditari del ius civile. L'argomento scaturisce quasi spontaneo dalle stesse constatazioni che ho avuto agio di fare nel capitolo che precede a proposito di vari testi, i cui risultati è opportuno utilizzare subito. Infatti, il lavoro che occorre fare sul Corpus iuris è ormai così vasto ed insieme così aspro che giova sin dal primo momento determinarne l'indirizzo con ogni cura. Si tratta di un lavoro di ricostruzione, anzitutto delle dottrine elaborate dai classici e poi della forma assunta dalle stesse dottrine nel diritto giustinianeo, su ogni singolo punto di diritto. Quest' opera ricostruttiva esige naturalmente una revisione più cauta di tutti i passi interpolati, avendo riguardo in modo precipuo ai motivi e agli effetti delle interpolazioni medesime.

È attestato in maniera singolarmente efficace che il fedecommesso soppiantó non solo tutte le forme dei legati del ius civile ma pure la stessa sostanza del complesso istituto dei legati.

L'avvicinamento delle due figure giuridiche s'inizia ben presto, nel I° sec. dell'Impero. Al termine dello sviluppo nel diritto di Giustiniano il fedecommesso ha assorbito completamente il legato ; allora la terminologia s'imbastardisce, perchè l'uno e l'altro termine hanno lo stesso significato. Il testo

di legge decisivo fu collocato in capo al tit. 1° de legatis e suona :

fr. 1 D. 30 ULP. 67 *ad Ed.* Per omnia exaequata sunt legata fideicommissis.

Ma quest' equazione non è da intendere come risultato di una coesione degli elementi propri ai due istituti, ma piuttosto nel senso che i legati assunsero la struttura e la sostanza del fedecommesso. Il testo è preciso :

exaequata legata fideicommissis.

Dunque l'istituto nuovo, sgorgato dalla vita in un periodo più avanzato, accolto in ordine subordinato dapprima e fuori il ius civile, dopo un lungo periodo di esperimento e di disciplina in cui acquista forza e forme giuridiche, si sostituisce alfine alle figure arcaiche dei legati.

Il redattore del testo corrispondente delle Inst. è, come sempre, ancora più preciso e più esplicito.

Inst. II. 20. 3.... cum enim antiquitatem invenimus legata quidem stricte concludentem, fideicommissa autem, quae ex voluntate magis descendebant defunctorum, pinguiorem naturam indulgentem, necessarium esse duximus omnia legata fideicommissis exaequare, ut nulla sit inter ea differentia, sed quod deest legatis, hoc repleatur ex natura fideicommissorum, et si quid amplius est in legatis, per hoc crescat fideicommissi natura, sed ne in primis legum cunabulis permixte de his exponendo studiosis adulescentibus quandam introducamus difficultatem, operae pretium esse duximus interim separatim prius de legatis et postea de fideicommissis tractare, ut natura utriusque iuris cognita facile possint permixtionem eorum eruditi suptilioribus auribus accipere.

Il brano contiene preziosi rilievi. Quel che lo scrittore dice nella chiusa intorno alla opportunità di evitare nell'esposizione la permixtio dei due istituti, corrisponde, come sappiamo (1), alla sagezza e al metodo usati dagli artefici della Codificazione

(1) Cfr. sopra p. 36 n. 3.

in tutta l'opera ; cioè di riprodurre, per quanto era possibile, la struttura delle opere classiche, salvo a inserire in luoghi opportuni aggiunte e enunciazioni generali intorno alla fusione e alla semplificazione degli istituti giuridici.

Ma più particolarmente preciso è il suo dire dove rappresenta il rapporto in cui i due istituti si vennero a trovare dentro quello nuovo, risultante della commistione.

Il fideicommissum, egli dice, aveva pinguior natura così come Gaio aveva detto latior la sua efficacia ; esso discendeva tutto dalla voluntas al contrario del legato, in cui essenziale era la forma ; e anche ciò è attestato da Ulpiano R. XXV. 1; ed infine la frase exaequata legata fideicommissis è quella stessa che abbiamo riscontrata nel fr. 1 di Ulpiano (1). Ma l'istituzionista esplica il concetto ; è il fedecommesso che della sua natura riempie ora il legato, mentre questo, solo in subordinato, appresta al nuovo istituto elementi che si riscontrano ancora utili in seguito all'assoluta prevalenza del fedecommesso : *si quid amplius est in legatis.*

Quel che importa è che forma e sostanza del nuovo istituto derivano dal fedecommesso (2).

Il processo di fusione s'inizia nell'epoca classica e ci è noto da Gaio II, 284 ss. e da Ulpiano XXV. 1 ss. Le differenze tra i due istituti rimasero per altro sempre notevoli nel periodo classico, come appare non solo da. Gaio II, 268, 289, ma anche dalle R. di Ulpiano e da libri fideicomm, dello stesso (3). Onde nel fr. 1 sopra riportato è sicuramente interpolata la

---

(1) Anche nel fr. 23 D. 34, 1 la frase : *immo ambo exaequanda sunt* appare interpolatizia, ma è possibile che Paolo nella nota a Nerazio in base a giudicati o a costituzioni avesse data la stessa soluzione.

(2) Cfr. c. 2 C. VI, 43 a. 531. Ubi autem aliquid contrarium in legatis et fideicommissis eveniet, hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur et secundum eius dirimatur naturam. Inst. III, 27, 7 : nostra autem constitutio cum unam naturam omnibus legatis et fideicommissis indulsit cet.

(3) Lenel Pal. II c. 903 ss.

frase «per omnia». Il resto della massima si deve ritenere genuino (1).

Vi corrisponde GAIO II, 289, il quale già notava che legati e fedecommessi in quibusdam tantundem valent. La genuinità è inoltre resa probabile dal fatto che i Compilatori andarono a pescare quel fr. nel l. 67 di ULPIANO *ad Ed.*, dove figurava sotto la Rubrica Quod legatorum in relazione al quesito se quell'interdetto potesse pure esperirsi contro chi possedeva fideicommissorum nomine (2). La decisione affermativa (3) doveva essere concisa, senza un particolare sviluppo intorno ai punti pareggiati dei due istituti, che sarebbe stato fuori luogo. Così i Compilatori rinvennero in luogo remoto quel che ben si attagliava a rappresentare la nuova figura del legato, da collocare in testa al titolo.

L'interpolazione del fr. 1, pertanto, compiuta con la sostituzione di una frase, rappresenta il risultato dello sviluppo iniziatosi nel diritto classico e compiutosi certamente prima di GIUSTINIANO in seguito alla decadenza delle forme solenni dei legati. L'interpolazione creó nulla di nuovo, non rappresenta una nuova entità giuridica. Brevi frammenti di questa natura sono moltissimi nel Corpus iuris, come ho detto sopra (4). E la Glossa vide bene in questo punto i limiti dell'innovazione del testo, e disse (5): *vel dic quod aliquid hic est detractum a verbis Ulpiani a Compilatoribus novi iuris et illud detractum inducit novitatem.*

Ecco, dunque, un esempio di soppressione con relativa sostituzione di una frase accertata con sicurezza, la quale segna soltanto il compimento d'uno sviluppo iniziatosi nel diritto classico e fin d'allora tracciato in tutte le direzioni. Ma il com-

(1) Cfr. KRÜGER ad h. l.
(2) LENEL, Pal. Ulp. n. 1678.
(3) Cfr. LENEL Ed., p. 437, n. 5.
(4) Cfr. p. 39 e 40.
(5) Gl. *per omnia* ad l. 1 D. 30.

pimento di esso anche qui si effettua nel diritto postclassico e per le stesse cause messe in evidenza ; cioè per la scomparsa della cognizione ordinaria surrogata da quella estraordinaria, per l'obbliterazione delle forme solenni dei legati e delle differenze con i fedecommessi avvenuta certamente prima di GIUSTINIANO (1).

Se così è, non è possibile supporre che la terminologia legatum = fideicommissum, si sia permista presso gli ultimi giuristi dell'epoca classica. Dalle opere di ULPIANO, che ho avuto occasione di citare in proposito, emerge che le differenze tra legati e fedecommessi erano ancora notevoli a suo tempo, in primo luogo per la giurisdizione (2), e poi per la lingua, per la forma, per gli effetti e ancora perchè il legato doveva disporsi nel testamento dopo la heredis institutio. La equivalenza dei termini è vera solo per il periodo postclassico ; la permistione opera di GIUSTINIANO. I digesta di SCEVOLA che presentano tante anomalie ancora non bene spiegate, non possono in ogni caso alterare questo risultato. Ciò rilevo contro l'affermazione di insigni maestri della nostra scienza, per esempio, dello SCIALOJA (3) e del SEGRÈ (4), i quali tratti in inganno dai testi interpolati credettero di accertare già negli ultimi giuristi lo scambio dei termini, come conseguenza della graduale scomparsa della rigorosa distinzione tra legati e fedecommessi (5). La cosa non ha importanza per il diritto giustinianeo. Ma una simile pregiudiziale preclude la via ad una più acuta e circos-

---

(1) GIUSTINIANO dice già che antiche distinzioni tra legati e fedecommessi erano cadute in desuetudine : *quis.... subtilitatem prono animo admittet, quam posteritas, optimis rationibus usa, nec facile suscepit, nec inextricabiles circuitus laudavit*? c. 1 C. VI, 43. Interessante dal mio punto di vista la frase : *posteritas... nec suscepit*, che rappresenta con vivezza il processo di formazione del nuovo diritto. Cfr. *Fusione*, p. 506-512 e *Z.S.S.*, v. 43, p. 380.

(2) Ulp. R. XXV, 12, cfr. GAI. 2, 278.

(3) *BJDR.*, v. 7, p. 11, n. 11.

(4) *Studi Scialoja*, v. 1, p. 242, 243.

(5) Contro già Messina Vitrano, *Annali Palermo*, v. III e IV, p. 7, n. 3 e v. VI, p. 203.

petta analisi dei testi in rapporto al diritto classico ; e può condurre, ed ha condotto, a traviamenti nell'interpretazione e nella valutazione delle leggi del Corpus iuris.

Scelgo fra i tanti un esempio che ha un valore speciale, in primo luogo perchè citato per la tesi contraria dal SEGRÈ, e inoltre perchè esso si riallaccia ad una dottrina oggi molto dibattuta. Si tratta del

fr. 11 § 12 D. 32 ULP. 2 fideic. Si rem suam testator legaverit eamque necessitate urguente alienaverit, fideicommissum peti posse, [nisi cet].

Che il testo sia interpolato anche nel brano riferito è incontestabile. La dottrina medesima che vi è rappresentata è stata dilaniata dagli scrittori, che si sono divisi in due schiere battagliando vivacemente (1), ma senza alcun risultato utile. Perció non vale la pena di riferire le opposte soluzioni avanzate hinc inde. Io dico che bisogna partire dalla constatazione che il rapporto tra la relazione della specie e la decisione : [rem suam legaverit — fideicommissum peti posse], è impossibile. Nè basta dire interpolata la decisione, perchè il problema fondamentale è ben quello di sapere se la stessa fu tratta o meno dall'esemplare ulpianeo. Io suppongo l'interpolazione ; ma eseguita mediante la soppressione di molti elementi intermedi tra la relazione e il responso. Il quale del resto è genuino, almeno nella sostanza e si riferiva appunto al fedecommesso. Non si puó infatti escludere che ULPIANO trattasse in quel luogo ampiamente il problema intorno agli effetti della vendita fatta dal testatore dopo la confezione del testamento. E se trattava, come appare, del legato doveva considerare tutte o almeno le due forme fondamentali del legato, quella per vindicationem e l'altra per damnationem, venendo poi al fedecommesso.

---

(1) Cfr. Messina Vitrano nei ll. cc. nella nota precedente e *Annali di Perugia* vol. 32, p. 3 ss. ; ALBERTARIO, *Studi nelle scienze giuridiche e sociali*. Pavia, v. 5 a. 1919, p. 1 ss. ; ARANGIO RUIZ, *Ist.* v. II, p. 337 ; BETTI, *BIDR...*, v. 34, p. 229, n. 2 ; E. WEISS, *Z.S.S.*, v. 45, p. 578.

La trattazione molto complessa conduceva a decisioni varie secondo le singole ipotesi. Ciò si desume da Gaio II, 196-198, 211, che considera in proposito anche l'effetto del S. C. Neroniano.

Riferisco in succinto:

a). Nel legato per vindicationem, se il testatore aliena posteriormente la cosa, il legato svanisce: Gaio II, 196: placuit utroque tempore testatoris ex iure quiritium esse debere, id est et quo faceret testamentum et quo moreretur; alioquin inutile est legatum.

b). Il S. C. Neroniano, secondo l'opinione dominante riferita da Gaio, non valse nella specie a salvare il legato per vindicationem: II 198: plerique putant.... inutile esse legatum.

c). Il leg. per damnationem, invece, rimaneva valido anche dopo l'alienazione, ma tuttavia l'opinione dominante lo ritenne oppugnabile con l'exceptio doli: Gai II, 198: plerique (1) putant, licet ipso iure debeatur legatum, tamen legatarium petentem posse per exceptionem doli mali repelli, quasi contra voluntatem defuncti petat.

d). Rispetto al legatum sinendi modo (Gai II, 210-212) e al legatum per praeceptionem (Gai II, 222) la decisione dei classici non si puó desumere in modo diretto, nè questo è il luogo per una simile indagine.

e). Nel fedecommesso, invece, tutto dipende dalla volontà del testatore, perchè la forza di esso discende dalla voluntas defuncti. Perció la giurisprudenza rivolse in proposito l'indagine a determinare lo stato della volontà del testatore valutando in concreto tutti gli elementi idonei ad accertarla. E

(1) Una traccia del dissenso tra i giuristi si ha nelle J. II, 20, 12: Celsus existimat. Ma in questo passo più sicura della interpolazione della frase « si non animo adimendi vendidit » è la soppressione della differenza tra le varie forme di legati e il fedecommesso. Sui rescritti degli Imperatori, osseguenti alla volontà del testatore, non è a dubitare. La soppressione dell' exceptio è anche possibile.

disse che la vendita fatta necessitate urguente non pregiudica il fedecommesso ; bensì lo pregiudicano la vendita volontaria (1) o gravi inimicizie sopravvenute tra il testatore e l'onorato del fedecommesso.

f). Degno di nota è che queste stesse conseguenze, desunte da un'ovvia esperienza e da una elementare analisi psicologica, furono pure applicate al legato, ben s'intende, mediante l'exceptio doli, nei casi in cui la voluntas del testatore risultava mutata. Le attesta Gaio II, 198 e lo conferma Papiniano in un responso limpidissimo in cui considera le sopravvenute inimicizie :

fr. 22 D. 34, 4.... sed legatum si petat, exceptione doli submovebitur (2).

L'eredità invece resta ferma perchè la istituzione d'erede sostiene tutto il testamento e la giurisprudenza e il pretore non osarono attaccare un punto così essenziale della tradizione giuridica.

Noi queste differenze e sviluppi li abbiamo osservati sopra (3) anche in altri passi, nei quali potemmo notare l'influsso esercitato dal fedecommesso sugli istituti di ius civile, ma in primo luogo sui legata.

Restiamo, dunque, fedeli ai testi, anche se interpolati, chè così otterremo facilmente due effetti di grande valore : di sbagliare meno e di rendere il dovuto onore all'opera alacre della giurisprudenza nel promuovere il progresso delle istituzioni giuridiche.

Le interpolazioni erano necessarie ai fini legislativi. Nel caso del fr. 11 § 12, da cui prendemmo le mosse per quest' indagine, i Compilatori non potevano mantenere la trattazione relativa alle varie forme di legato (4), o anche ad una di esso ;

---

(1) Argomenta da Paolo S. IV, 1, 9.

(2) Cfr. fr. 72, § 6, D. 35-1 benchè il testo abbia elementi interpolatizi (Pernice, Labeo 3, p. 75, n. 1 e più avanti, p. 131).

(3) Cfr. p. 104, 106.

(4) La cosa è ovvia, e la constatazione fu fatta dai greci in casi analoghi : cfr. 39, D. 40, 4 e B. 48, 3, 39 ; Alibrandi Op. p. 53 e ivi citati.

onde la soppressero, e ricongiunsero in un contesto l'introduzione che si riferiva al legato con la decisione originaria (almeno sostanziale) resa da ULPIANO pel fedecommesso. E così dovevano operare ; dato che il fedecommesso aveva ormai acquistato assoluta prevalenza e che esso dipendeva unicamente dalla voluntas defuncti. L'interpolazione che segue nel testo è conseguenziale e riguarda inoltre l'onere della prova.

E per altro non ho bisogno d'indugiarmi su questo problema, lieto di potere rinviare il lettore alla dimostrazione più compiuta che ne ha fatta il mio valoroso discepolo M. BOHÁČEK nella sua opera testè pubblicata (1).

E pertanto, reietta dev'essere la leggenda che la terminologia, presso gli ultimi giuristi, a riguardo del legatum e del fideicommissum, si sia confusa. La mistione fu effetto dell' opera dei Compilatori, i quali spesso ad un termine aggiunsero l'altro (legatum *vel* fideicommissum) (2), o surrogarono al legatum il fideicommissum o, infine, soppressi periodi intermedi ricongiunsero brani che nella trattazione del giurista si riferivano, rispettivamente, al legato e al fedecommesso, adottando unica decisione e precisamente quella che aderiva al fedecommesso.

Così nell'esempio che abbiamo studiato.

Nell'indagine critica su questa materia si deve inoltre tener conto del fatto che i Compilatori, appunto per la prevalenza acquistata dal fedecommesso, estrassero dalle opere dei giuristi, preferibilmente, passi, casi e il più gran numero di elementi relativi ai fedecommessi.

Quest' affermazione dovrebbe essere verificata mediante un'analisi delle leggi del Corpus iuris e darebbe, com'io credo, ottimi risultatî. Ma s'intende che dovrebbe essere uno studio

---

(1) Cfr. p. 96 ss. dell' opera citata sopra, p. 94 n. 1.

(2) Cfr. fr. 75, D. 30 e sopra p. 88, fr. 33, D. 35, 1 «neque fideicommissario ». Paolo S. III, 8, 4 vedi sopra, p. 104, n. 1. E bene avvertire che nel Codice i due termini si trovano congiunti quasi costantemente.

di dottrine (1) non di passi interpolati, perchè se le soppressioni e le fusioni nei testi giustinianei sono continue, press'a poco come le aggiunte, l'interprete per scovrirle e darne la dimostrazione ha bisogno di seguire da capo a fondo tutto il movimento della dottrina, su ogni singolo punto di diritto. Ricerche superficiali o parziali servono a nulla.

Verba e voluntas

II. Stabilito il metodo dell'indagine si puó affrontare e risolvere il problema massimo che riguarda l'importanza della voluntas nel diritto testamentario.

La critica moderna ha vaneggiato in proposito, attribuendo ai Bizantini non solo l'esaltazione della voluntas ma tutta la costruzione dommatica delle figure del diritto testamentario fatta in base alla volontà (2).

Essa è pervenuta a quel risultato obliando in primo luogo i testi genuini, giuridici e non giuridici, e non curando poi di conoscere il punto cui era arrivata l'indagine storica sulla fine del sec. XIX. La quale aveva precisamente segnata la considerazione della volontà negli istituti di diritto come una nota caratteristica della giurisprudenza repubblicana dell'epoca di Cicerone, tutta impegnata, sotto la spinta delle dottrine filosofiche elleniche, a elaborare e ad animare la materia giuridica con l'analisi di elementi psicologici ed etici, i quali ad ogni azione umana, nella vita sociale e quindi nel diritto, danno una impronta particolare. Questo risultato è perspicuo nella letteratura, dal Savigny al Karlowa, al Voigt, al Jörs e allo stesso Jhering, almeno nel primo periodo della sua magnifica attività, prima che la dottrina dell'utilità finale degli economisti inglesi non l'avesse armato contro la teoria della volontà

(1) Pregevoli spunti già in Segrè «*Studi Scialoja*», v. I, p. 241 ss.
(2) Cfr. sopra p. 13 n. 1 e ivi citati.

e indotto a scagliar fulmini contro giuristi romani e contro SAVIGNY e PUCHTA.

Le interpolazioni giustinianee finora accertate in questo territorio non possono sopprimere la realtà di un fatto storico ; perchè esse, come ho detto ripetutamente, lasciano impregiudicato il problema della origine delle dottrine. Il canone di critica : testo interpolato perció sostanzialmente d'origine bizantina è falso in tutta la sua estensione. Lo è, in particolare, rispetto al problema della volontà. Lo è, più sicuramente, a riguardo del diritto testamentario. Ed in proposito noi siamo in grado di determinare le fonti delle interpolazioni bizantine.

1. Esse derivano in parte dai medesimi testi dei classici, nei quali elementi relativi alla voluntas nei casi concreti erano considerati dai giuristi anche nel campo del ius civile. La volontà inesistente o comunque viziata rende l'atto o inefficace ipso iure (1) oppure oppugnabile con mezzi pretori (2). La forma e l'intensità dell'inefficacia non ha importanza rispetto all'indagine medesima. E nemmeno ha importanza se i classici distinguono ancora : heredis institutio e legata, e questi dai fideicommissa. E per altro sappiamo che nel continuo sviluppo del diritto un ordinamento influisce sull'altro ; quell'effetto dapprima conseguito dal pretore o affermatosi nella cognitio extra ordinem passa, a volte, in un secondo tempo nel ius civile. Ma sopratutto la giurisprudenza compì a questo riguardo il suo opus magnum ; e qui essa procede cauta per via di analisi, di esperimenti e di esperienze attraverso dibattiti e controversie tra giuristi attaccati alla vecchia tradizione e giuristi più aperti all'influsso di nuove idee (3).

CICERONE, efficace divulgatore di dottrine elleniche nel mondo romano, afferma con piena convinzione la prevalenza

(1) Cfr. 9 fr. D. 28, 5.

(2) Cfr. sopra p. 27.

(3) Da molti anni insisto nel mio insegnamento su questi problemi : cfr. *Annali Palermo*, v. XI, p. 376 ss.

della voluntas sui verba. Il dibattito è già acceso tra i giuristi del suo tempo tempo negli stessi termini. Ne fa fede il famoso fr. 7 § 2 D. 33, 10, in cui figurano in due campi, da una parte TUBERONE, animoso seguace della teoria della volontà, dall' altra SERVIO più cauto. Nell'epoca adrianea CELSO è in grado di dare al problema una formulazione media e scrive la famosa massima « etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur ».

Il testo contempla il legato di suppellectilis. E CELSO alfine riconosce in perfetta armonia con la dottrina aristotelica (1), la mens dicentis — prior atque potentior quam vox ; ma afferma pure con la tradizione giuridica romana : nemo sine voce dixisse existimatur.

La critica non ha osato attaccare le due frasi del testo (2). CELSO dice, a riguardo del ius civile, che la vox è necessaria, perchè la forma nel ius civile è essenziale ; ma la volontà è prior atque potentior perchè è l'energia produttrice degli effetti giuridici (3).

La considerazione della volontà in confronto ai verba è quindi in continuo sviluppo nello stesso periodo classico, mercè l'analisi penetrante della giurisprudenza e l'attività del pretore.

Il dibattito sin dall'inizio era passato nei tribunali. Un celebre caso è riferito appassionatamente da CICERONE, la causa curiana, suscitata da una sostituzione pupillare. Crasso sosteneva dinanzi ai Centumvivi contro MUCIO SCEVOLA l'efficacia della sostituzione quantunque il figlio istituito non fosse nato, perchè « hoc voluisse eum, qui testamentum fecisset,

---

(1) Eth. Nic. VI, 2 (1139). Cfr. la dissertazione citata nella nota precedente.

(2) Cfr. BESELER, *Beitr.* IV, 197.

(3) Con ciò non contesto che anche dagli ultimi giuristi siano i «verba» rappresentati come l'elemento « ex quo obligatio oritur» secondo la vetusta tradizione. Cfr. i testi riportati in *Z.S.S.* 35, p. 259 ss. e poi inoltre Z., v. 43, p. 307 ss.

hoc sensisse, quoque modo filius non esset.... Curius heres ut esset ».

Crasso patrocinava, dice CICERONE, la causa dell'equità « et defensionem testamentorum ac voluntatis mortuorum » contro l'iniqua ed arida tradizione dell'onnipotenza dei verba (1).

Or nelle trattazioni dei giuristi di ogni tempo il problema si ripresenta di continuo neglist essiter mini, e i « verbi velle », « sentire » e i sostantivi mens, voluntas, animus occorrono nelle indagini dei giuristi, nelle controversie, negli sviluppi, suscitati da casi pratici, con la stessa frequenza come in CICERONE. Dedurre, come fa la critica moderna dal rilievo dato in un testo alla voluntas, all'animus, alla mens la interpolazione del testo, e peggio ancora la falsificazione della decisione, è vera sconsideratezza, sommamente pregiudizievole alla serietà delle indagini e dei risultati nel campo della storia e della dommatica.

Così, per chiarire almeno un punto di diritto, la controversia suscitata da Tuberone, di cui s'è fatto cenno sopra, si perpetua per tutto il periodo classico. SERVIO (7 § 2 D. 33-10), più moderatamente ; aveva detta decisiva la volontà nei casi ambigui o di errore nella designazione della persona o della cosa : Servius fatetur sententiam eius qui legaverit aspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre (2), e questa opinione ebbe largo seguito (3). Ma in molti passi, che portano segni evidenti di rimaneggiamenti, l'adesione più o meno piena alla dottrina di TUBERONE deriva dalle trattazioni dei giuristi, per quanto i Compilatori abbiano potuto, con i metodi a noi noti, una volta espungere i riferimenti delle contrarie opinioni, altra

(1) Cic. Brut. 53, 197, 8 ; de orat. 1, 57, 242 ; Top. 10, 44. Cfr. altri passi in COSTA, Cicerone giureconsulto I (Diritto privato), 1911, p. 223.

(2) Cfr. 80 D. 5, 1.

(3) Cfr. CELSO (fr. 7, § 2, D. 33-10) ; POMPONIO (4 pr. D. 30) ; SCEVOLA (35 § 2 D. 32) ; PAOLO (fr. 30, D. 26-2 ; 25 § 1, D. 32) ; ULPIANO (21 § 2, D. 28, 1 ; fr. 10, D. 34-5).

volta accentuare quella più libera che meglio rispondeva allo sviluppo del diritto non inceppato ormai dalle forme solenni.

Ed in proposito è da notare che i nomi di SABINO (1), di PEDIO (2), di MARCELLO (3) figurano citati in periodi che più si accostano alla sentenza di TUBERONE o anche la rappresentano nella sua interezza. POMPONIO 4 ad Q. MUCIUM (4) proponendo un caso dice : sed difficultatem facit mens legantis, si et ipse solitus fuerit uti quadam veste. Il riferimento alla dottrina è palese.

Ma sopratutto decisivo è un testo di ULPIANO (5), dove si domanda, se il testatore, che s'è espresso in maniera oscura o ha errato nel designare la persona o la cosa legata poteritne postea declarare de quo senserit? et puto posse. Or ciò significa che i verba, se sono ancora necessari per la solennità del ius civile, non sono più considerati come l'unica forza produttrice degli effetti giuridici, che questi invece dipendono essenzialmente dalla voluntas, la quale puó desumersi da altri elementi, e quando sia accertata, serve come l'energia più viva, seppure più lontana, a chiarire il senso e il contenuto dei verba.

Se questo è il significato del testo ulpianeo, la sua importanza è perspicua. Esso contiene l'attestazione più eloquente dello sviluppo della massima di CELSO : prior atque potentior est quam vox mens dicentis ; e l'una e l'altra, cioè la decisione e la massima, si riallacciano alla sentenza di SERVIO.

Perciò io ritengo genuina la decisione di ULPIANO affermata (puto) dopo tre secoli di maturazione (6). E se il testo, specie

---

(1) 9 pr. e §§ 1, D. 33, 6.
(2) 18 § 3, D. 33, 7.
(3) 69 § 1, D. 32.
(4) 33, D. 34, 2.
(5) 21, § 2, D. 28, 1.
(6) Indizi di contrasti sono in proposito accertabili in altri passi, ma il risultato è conforme a quello indicato da ULPIANO. Cfr. PAOLO q. V. F. 227 = D. 26, 2, 30. Si fa il caso che sieno due dello stesso nome. Si decide che

nella seconda parte non è scevro di difetti (1), a premunirmi contro le obbiezioni dei nuovi critici, che spiano qualsiasi menda per svalutare i passi, diró che, seppure si possa provare

---

è legatario « quem.... testator sensit ». Se non appare la direzione della volontà del testator, nè all' uno nè all' altro è dovuto, (cfr. 3, § 7, D. 34, 4 ; 27, D. 34-5 ; 63, § 1, D. 28, 5) perchè la volontà c'era ma non può provarsi : « non ius deficit, sed probatio». Paolo si richiama a rescritti. A riguardo dei nummi il testo dice «non ita placuit» senza che l'esempio sia determinato. Esso manca nei Digesti ed io ritengo il testo Vaticano pure mutilato in questo punto e interpolata la chiusa : *si non adparet voluntas, id acceptum est quod minus est*, che peraltro può derivare da un brano più preciso dello stesso esemplare (cfr. la nota che segue). Per lo stesso problema rispetto alla stipulatio v. *Z.S.S.*, v. 43, p. 276 ss.

In secondo luogo è da confrontare lo stesso Ulpiano 10 pr. D. 34, 5 estratto dal l. VI disp. Il passo contiene una serie di casi probabilmente riassunti ; decisi tuti con un «verius est» usato dai Compilatori come io credo, per coprire sviluppi o contrasti riferiti dal giurista come si conveniva in una disputatio; cfr. sopra p. 39.

La chiusa anche qui è interpolata : *ademptionem... valere.*

(1) In realtà tutto il § 1 ha vizi evidenti. La Glossa *Stichum* ad h. l. suppose una lacuna tra gli esempi, chè quello della heredis institutio non vi poteva mancare, e disse : *sed idem ibi erit.* Ciò è dubbio per il diritto classico, perchè noi sappiamo (cfr. sopra p. 119) che la tradizione del ius civile si mantenne più salda per la her. inst. Perciò Triboniano soppresse l'esempio. Ma a parte questo, il brano che si legge nel centro è certamente compilatorio : *nihil enim nunc dat, sed datum significat. sed et si notam postea adiecerit legato vel sua voce vel litteris vel summam vel* nomen legatarii quod non scripserat vel nummorum qualitatem, an recte fecerit? Osserva : *nunc* per *postea* ; *dat :* troppo generico ; la frase riproduce forse in sunto la motivazione genuina. Nota la fila dei *vel* che rende il periodo barbaro ed enfatico e concatena in maniera veramente strana il mezzo e l'oggetto, quest' ultimo distanziato dal verbo ; il possessivo *(sua)* congiunto a voce il « quod non scripserat » che nell' originale si riferiva forse soltanto al « nomen legatarii » ; e sopratutto poi la decisione che segue, la quale contempla solo l'ultimo caso, la « qualitas nummorum », di natura più lieve, mentre risolve implicitamente quelli più gravi dell' omissione del nome del legatario e della somma legata. Ma la validità del legato in questi due ultimi casi doveva essere esclusa da Ulpiano, perchè « nemo sine voce dixisse existimatur» (fr. § 2, D. 33, 10). Questo principio sotto l'impero delle forme solenni era inderogabile. Nei fedecommessi invece qualsiasi omissione poteva essere integrata con altri elementi ; cfr. Papin. 67, § 9, D. 31, che cita l'autorità dell' imperatore Severo, ma la decisione fu estesa al ius civile : *exemplo institutionis legatorumque* (intp.). Onde si spiega la soppressione nel nostro fr. 21 della sentenza contraria enunciata da Ulpiano. Rispetto alla qualità dei nummi la decisione è corretta e la motivazione adeguata, cfr. Ulp. 20 *ad Sab.*, 75 D. 32 (testo suntato).

alterata anche rispetto ai primi esempì la decisione di ULPIANO, resa da negativa (non posse) affermativa, il valore del testo, inquadrato nella linea generale della evoluzione del diritto, rimane sempre perspicuo, come dimostrazione della persistenza durante tutto il periodo classico di questo massimo problema : rapporto tra verba e voluntas, o meglio, limiti della importanza o poziorità di questa su quelli. Questo accertamento è per se stesso sufficiente ai fini delle nostre indagini. Dacchè ammesso pure che la giurisprudenza classica abbia mantenuta ferma la tradizione del ius civile antico rispetto al predominio dei verba, tuttavia è innegabile che essa, fin dall'età di CICERONE, agitó sempre la questione e dovette a grado a grado ammettere temperamenti, attenuazioni al rigore del ius civile, riconoscendo che la volontà è un elemento interno che si proietta sui verba e ove sia in contrasto con quelli essa non puó essere ignorata, ma spiega entro certi limiti la sua forza a riguardo dell'efficacia dell'atto. E questo basta. Il resto venne da sè stesso. Scomparse le forme solenni, la volontà affiora al primo posto, e domina ormai in modo assoluto il negozio giuridico. Nei testamenti lo sviluppo riceve impulso dai fedecommessi.

2. Derivano, in secondo luogo, le interpolazioni, che collocano al primo piano la voluntas, dal diritto dei fedecommessi. La giurisprudenza procedette in questo territorio, come già sappiamo, con la massima libertà, non ostacolata nè dalla vetusta tradizione del ius civile nè dalla tirannia delle forme solenni. I giuristi si muovono qui liberamente tra gli nomini, osservano la vita nell'inesauribile varietà dei casi sottoposti al loro esame, scrutano i moti dell'animo dei singoli, le cause che li determinano, il fine che si propongono di raggiungere ed al risultato dell'indagine fanno corrispondere la decisione. Ma questa fondata su elementi concreti, naturali, sempre equa, cioè rispondente al volere e all'interesse del disponente, è utilizzata poi anche nel ius civile, a volte direttamente, a

volte con l'ausilio di mezzi pretorî. L'avvicinamento dei legati ai fedecommessi è così in continuo sviluppo, finchè cadute le forme dei legati ne risulta un unico istituto, il fedecommesso.

Il termine « legatum » non poteva sparire, chè discendeva dalla più nobile tradizione giuridica, ma la sua sostanza è ora quella stessa del fedecommesso. Il che vuol dire, il legato — fedecommesso del nuovo diritto è un atto giuridico i cui effetti sono determinati dalla voluntas del disponente. L'indagine e l'analisi di questa voluntas era stata compiuta dai giuristi, con la solita inarrivabile penetrazione e perizia, nel campo del fedecommesso. Essa è desunta in primo luogo dalla dichiarazione del disponente, ma anche da altri elementi oggettivi senza alcuna limitazione.

Le interpolazioni giustinianee, numerose e quanto alla forma stereotipe (1), che si riscontrano nella materia del diritto ereditario, in ispecie in quella dei legati, risultano giustificate e rispetto all'origine derivate :

a) dall'affermazione più decisa nel legato dell'energia della voluntas, come causa diretta degli effetti giuridici.

b) dalla soppressione di tutte le forme dei legati e delle conseguenti differenze con i fedecommessi.

c) dalla soppressione dei mezzi pretorî, in particolare dell' exceptio, che in molti casi il pretore concedeva per rispetto alla volontà del defunto rendendo inefficace il legato.

Nel nuovo diritto, naturalmente quel medesimo effetto discende ipso iure.

Non è questo il luogo di procedere ad una sistemazione dentro le tre categorie ora descritte di tutte le interpolazioni relative alla volontà nei legati, onde saró pago di aggiungere una nota per ciascuna categoria e l'esame di pochi testi che servano a dare forma e colore più precisi al mio giudizio.

(1) Cfr. già Gradenwitz, *Interpolationen*, p. 171 ss.

Nella prima categoria vanno annoverate facilmente tutte le interpolazioni del tipo *nisi voluntas adversetur*, idonee per se stesse a porre in risalto, dovunque, che la decisione del caso concreto si dovesse intendere conforme alla volontà del defunto e unicamente da essa determinata. Io non ho bisogno di ripetere, dopo quel che ho detto, che l'aggiunta conteneva buona parte di vero anche per il diritto classico ; perchè per la piena efficacia del legato, in definitiva, anche nel diritto classico si richiese, comunque, l'esistenza e la persistenza della volontà del testatore.

Per la seconda categoria è opportuno scegliere un'interpolazione nota e sottoporla a nuovo esame.

fr. 72 § 8 D. 35, 1 PAPIN. 18 q. Falsam legati demonstrationem non facere legatum Sabinus respondit veluti si quis, cum Titio nihil legasset, ita scriptum reliquerit : ex centum quae Titio legavi quinquaginta heres Seio dato, idque sumpsit *ex defuncti voluntate, quia non animo legandi, sed deminuendi legatum, quod falso datum existimaret, ita scriberet, propter falsam tamen demonstrationem legati non plus Seius adsequetur, quam* si vere demonstratum fuisset.

Il PRINGSHEIM (1) ritiene l'interpolazione «ganz überflussig ». Ma superflua non è. La decisione di SABINO aveva bisogno di una motivazione. Si trattava di un caso singolarissimo. E PAPINIANO riferiva sicuramente che SABINO traeva la inesistenza del legato a Tizio, dal fatto che il legato come atto solenne esigeva una forma e non poteva ordinarsi indirettamente per via di un'ademptio parziale. Invece il legato era dovuto a Seio perchè ordinato nella forma civile. Questa motivazione non poteva essere mantenuta nel nuovo diritto, perchè il legato-fedecommesso dipende ora soltanto dalla volontà. La motivazione pertanto fu piegata al nuovo diritto e dice che il testatore non aveva animus legandi. Ne segue

(1) Cfr. *Z.S.S.*, v. 42, p. 284.

che l'interprete deve riconnettere, in concreto, la validità o meno d'un simile legato alla voluntas defuncti, la quale può manifestarsi anche in quella forma indiretta, come può manifestarsi nutu secondo il diritto del fedecommesso.

La conclusione è che sparita l'esigenza delle forme solenni è la volontà comunque espressa che regge l'atto.

Per la terza categoria, che comprende la annullabilità pretoria ora resa civile, l'indagine è più delicata ; ma in questo luogo mi piace riferire un testo che considera ancora l'exceptio doli come mezzo di infirmare disposizioni testamentarie, ma la considera in modo astratto e non come un mezzo strettamente necessario. Il testo è in sede materiae.

fr. 4 § 10 D. 44, 4 ULP. 76 *ad Ed. Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere ; et ideo heres, qui non habet voluntatem per exceptionem doli repellitur.*

Il passo è di fattura compilatoria. La frase introduttiva *praeterea sciendum est* è caratteristica ; cfr. 8 § 1 D. 46, 1 testo breve, anche questo riassuntivo, in cui fu eliminata la differenza con la sponsio (1). Contra *voluntantem* (!) intendi defuncti. *Repelli solere*, intendi, secondo la valutazione del giudice e che l'exceptio non è unico mezzo ; infatti se manca la volontà la disposizione nel nuovo diritto indubbiamente è nulla ipso iure.

Similmente nel fr. 5 D. 46, 4 si dice : solutionis exemplo acceptilatio *solet* liberare, mentre ULPIANO aveva scritto liberat. Questo testo sarà esaminato altrove (2). Infine che l'heres, *qui non habet voluntatem per exceptionem doli repellitur*,

---

(1) Il testo più celebre in questa categoria è il 30 D. 45, 1 : *Sciendum est generaliter quod si quis se scripserit fideiussisse videri omnia solemniter acta.* Cfr. *Z.S.S.*, v. 35, p. 285. Questa formulazione della regola per altro deriva facilmente dalla pratica postclassica. Altri testi riportano riassunti fatti dai Compilatori con elementi innovativi : cfr. 63, D. 21, 2; 2 D. 30; 1, § 6, D. 32.

(2) Cfr. Dotis dictio.

non è vero pel diritto classico. Ciò abbiamo constatato sopra (1) a proposito d'una decisione di PAPINIANO.

Ma anche nel fr. 4 § 10 la interpolazione è in realtà formale. I Compilatori invece di riferire i vari casi di applicazione della exceptio doli per vizi della volontà nei legati o nell'eredità formularono una norma generale, in maniera astratta. Ciò perchè i casi riferiti da ULPIANO erano per lo più antiquati. Se legati e fedecommessi dipendono ora in tutto e soltanto dalla voluntas la casistica dell'annullabilità pretoria del legato era ormai senza valore (2).

Il verbo *solere*, come ho detto, prospetta la struttura del nuovo diritto. Rimarchevole in proposito la massima formulata in senso negativo e inserita nel tit. de R. J.

fr. 19 § 1 : *Non solet* exceptio doli nocere his quibus voluntas testatoris *non* refragatur.

Si tratta di un testo isolato (3) e che nell'esemplare ulpianeo doveva contenere in forma positiva la motivazione di un responso. Altre volte i Compilatori estenuano il testo classico con un *plerumque*, come abbiamo visto sopra (4) nel fr. 72 § 6 D. 35, 1.

L'interpolazione del fr. 4 § 10 si deve inoltre ritenere sicura per il fatto che ULPIANO in tutto lo squarcio, come del resto fanno sempre i giuristi, svolgeva la materia con l'esame di una serie di casi pratici relativi a tutte le figure di diritto, decidendo in concreto l'ammissibilità o meno dell'exceptio. Il § 10 riferito, invece, interrompe la catena dei casi pratici per il motivo che ho messo in evidenza. Superstite restó un

(1) Cfr. p. 119.

(2) Cfr. sopra p. 117, l'esame fatto del fr. 11 § 12, D. 32. S'intende che in molti altri passi riappare l'exceptio e a volte in periodi interpolati. Così nel fr. 3, § 11, D. 34, 4 : *secundum haec et in legato tractamus doli exceptione opposita*. L'exceptio però è classica. Tutto il § che deriva da ULP. *ad Sab.* fu ritoccato (nota la forma : non solum... sed di cui ho detto sopra p. 40) per concentrare l'esame rispetto al legato e al fedecommesso in unico contesto.

(3) Cfr. LENEL, Pal. ULP. nr. 2676.

(4) Vedi p. 119 n. 2, e p. 136 n. 1.

solo caso con riferimento a un legato, quello che si legge nel § 11 che segue e che ha una figura particolarissima.

Un altro esempio traggo dal Codice, dove le manipolazioni eseguite dai Compilatori sono sopraffini, sia perchè fatte con maggiore accuratezza e serenità, sia perchè i rescritti, riferendosi a casi singoli, presentavano una struttura semplice, quasi uniforme, e potevano essere rimodellati con mano agile (1).

Si tratta d'un rescritto di Diocleziano, dell'anno 286, a certo Fortunato, riferito sotto il titolo de fideicommissis nei termini seguenti :

c. 17 C. 5, 42. Si creditoris voluntas *iure subnixa* liberari te debito *volentis*, doceri potest, *et* antequam *solemniter* tibi liberatio a successore praestetur, exceptionem tibi ex voluntate *descendentem competere* manifestum est.

Nel rescritto malformato tre punti attirano maggiormente la nostra attenzione :

a) *iure subnixa*, doveva essere fideicommissi nomine e forse vi erano riportate le parole del testatore.

b) *solemniter* invece di acceptilatione o verbis (2).

c) *et* (?) antequam, mentre è ovvio che l'exceptio poteva funzionare soltanto prima della liberazione.

Inoltre, appare strano il dubbio rispetto all'exceptio, quando s'è detto che la liberazione del debito ordinata dal testatore era *iure subnixa*. Il problema doveva essere più arduo, dipendente dalle parole usate dal creditore, che furono soppresse. È più probabile che fosse in questione proprio la validità del fedecommesso o l'ammissibilità di petere la liberazione. Decisioni analoghe si riscontrano nelle fonti ; perchè nel legato di debito e anche nel fedecommesso si aveva riguardo dapprincipio alle parole usate dal testatore, dirette a rimettere il debito o a liberare il debitore. Così nella

(1) Cfr. le mie osservazioni in *Z.S.S.* v. 35, p. 240.

(2) Sulla sostituzione di avverbi indeterminati alla menzione delle forme solenni del diritto classico cfr. la mia nota in *Z.S.S.*, v. 34, p. 224.

remissione del debito con la forma del legatum sinendi modo (1) o con la damnatio ne heres petat o nelle forme più libere proprie al fedecommesso, la giurisprudenza in un primo tempo ammise soltanto l'exceptio a favore del debitore convenuto.

Gli esempi sono notevoli (2). Soltanto l'exceptio è contemplata nella c. 2 C. 6, 45 che si riferiva ad un fedecommesso, ma il testo fu ampliato ed esteso anche al *legatum*. Soltanto la exceptio figura nel fr. 1 § 2 D. 36, 4 che nell'originale doveva riferirsi ad un fedecommesso o a legatum sinendi modo (3). Anche nelle Inst. II, 20, 13 suppongo soppressa la forma del leg. s. m. o certamente il riferimento esclusivo al iussum ne heres petat, che è ancora visibile nel passo. E quivi il periodo : *sed et potest a debitore conveniri, ut liberet eum*, si manifesta intruso, anche per la forma. Ma la interpolazione o la dislocazione del brano nel passo delle Inst. non significa che l'azione sia stata accordta ex novo dai Compilatori o nel diritto postclassico, perchè su questo punto abbiamo molti elementi che rivelano uno sviluppo giurisprudenziale, nel senso che in ogni caso si riconobbe al legatario o al fedecommissario non solo l'exceptio ma anche il diritto alla liberazione mediante actio o petitio. È probabile che lo sviluppo si sia iniziato rispetto al leg. s. m., su cui riferisce Gaio 2, 214. Con l'attestazione gaiana collimano altre prove nei Digesti. In primo luogo il fr. 18 D. 34, 3, estratto da Paul. IX *ad Plautium*, dove si legge il periodo :

et praeterea placuit agere posse colonum cum herede ex testamento, ut liberetur conductione.

---

(1) Contro il Ferrini « Legati », p. 4 che nega la possibilità del legatum liberationis nella forma del legat. s. m. vedi i miei studi in *B.J.D.R.*, v. 6, p. 132, n. 2 e Paolo S. III, 6, 11.

(2) Vedi già la Glossa, ad l. 22 D. 34, 3, gl. *responsum est*.

(3) Sul testo v. Beseler *Beitr.* IV, p. 218. Ma il B. taglia troppo nel testo e lo sconcia. Infatti, se il giurista ammetteva nella specie che il legatario o il fed. fosse da considerare come colui « cui solutum est », la similitudine doveva avere appunto fondamento nell' ausilio pretorio « si conveniatur exceptione doli mali uti possit ». Cfr. p. 94.

Si tratta di un gruppo di testi, dal fr. 16 al 18, che furono disorganizzati dai Compilatori e ricomposti (1) eliminandovi quello che era superfluo, cioè contrasti e sviluppi nel leg. s. m.

Per il fedecommesso di non petere abbiamo un testo esplicito nello stesso senso.

fr. 22 D. 34, 3 PAPINIANUS 19 q. Quod mihi Sempronius debet, peti nolo : *non tantum* exceptionem habere debitorem *sed et fideicommissum* ut liberetur petere posse, responsum est.

Sunto compilatorio. La struttura : *non tantum... sed* è nota (2). *Fideicommissum* è riferito solo alla petitio, mentre come è ovvio, l'exceptio è fondata pure sul fedecommesso. Forse il testo, più largo, distingueva :

exceptionem... [si conveniatur ab erede], sed et [apud praetorem fideicommissarium] ut [acceptilatione] liberetur petere posse, responsum est.

Il passo faceva parte, come credo, dell'ampia quaestio papinianea (3) riferita nel fr. 69 D. 31, in cui la trattazione particolareggiata dello sviluppo di questo punto di diritto era a posto.

PAOLO nel l. X quaest. [fr. 25 D. 34, 3] trattava lo stesso problema in maniera più generale ; e se anche questo passo è folto d'interpolazioni (4), tuttavia lo sviluppo della dottrina deriva certamente da un fondo classico. Il testo dice in proposito :

nihil interest heredem suum iusserit ut eum liberaret, an prohibeat eum exigere : utroque enim modo liberandus est debitor et utroque casu competit ultro ad liberandum debitori actio.

Se nel brano non è rispettata la consecutio temporum e la chiusa ha battute rettoriche, queste constatazioni non possono

(1) Cfr. *B.J.D.R.*, v. 6, p. 131 ss.
(2) Vedi sopra p. 40.
(3) LENEL, Pal. PAPIN., nr. 282, 283.
(4) LENEL Pal. PAUL, nr. 1364. PRINGSHEIM, *Beryth und Bologna*, p. 230. BESELER, *Beitr.* IV, 80.

infirmarne il contenuto, che riceve luce dal riferimento di GAIO 2, 214 concernente il leg. s. m. Il placuit del fr. 18 cit. di PAOLO, il responsum est del fr. 22 cit. di PAPINIANO rivelano pure lo sviluppo giurisprudenziale. E BESELER sbaglia quando vuol ricostruire il brano col semplice periodo [debitum ei (legavit), liberandus est debitor]. Egli dimentica che si tratta non di un responso ma di una quaestio in cui tutti i problemi relativi attendono una soluzione, come è già preannunziato nel proemio : plenius rogo, quae ad haec spectant attingas.

E la trattazione vi corrisponde. Ma il primo problema da esaminare era appunto quello : se il debitore doveva contentarsi della semplice difesa con exceptio ovvero pretendere la liberazione del debito. PAOLO doveva riferire in proposito lo sviluppo giurisprudenziale, per cui anche se il debito era rimesso per mezzo di un legatum s. m. o con la forma ne heres petat o per via di fedecommesso il debitore aveva diritto alla liberatio. I Compilatori non potevano mantenere nel testo tutti questi elementi, e dovevano poi necessariamente espungere il leg. s. m., e da ciò sorse la necessità di redigere in sunto il risultato dell'esemplare.

Perciò nel brano mancano le premesse nei termini e nelle forme romani, che erano antiquati.

Il rescritto di DIOCLEZIANO, 17 cit., al quale ritorno, assunse per mano dei Compilatori la forma moderna, che era il risultato di uno sviluppo iniziatosi nel diritto classico.

Caduta la differenza tra legatum e fideicommissum, prevalsa la cognitio extraordinaria, venuta meno la forma solenne verbis dell'acceptilatio, era già emersa al primo piano la voluntas del testatore, la quale comunque espressa doveva essere pienamente attuata. Il rescritto fu tutto rifuso. Anche la frase : liberari.... *volentis* è compilatoria (1) ; e così nella chiusa la frase *ex voluntate descendentem competere*.

(1) La preferenza dei Compilatori per le forme participiali, più sintetiche.

Ma in tutto ciò nulla c'è di nuovo o di bizantino. La voluntas era quella del fedecommesso, che domina ora parimenti il legato ; che l'exceptio poi ha fondamento nella volontà è nozione classica : iuxta defuncti voluntatem : c. 4 C. 6 ,44 : quasi contra voluntatem defuncti petat : Gai 2, 198. E se in altri testi [72 § 6 D. 35, 1 ; 19 § 1 D. 50, 17] l'exceptio apparisce in brani interpolati è certo che l'interpolazione è solo formale (1).

Così, anche in questo esempio, la giurisprudenza romana ci si manifesta tutta impegnata ad attenuare e livellare le differenze tra le varie forme di legati e di fedecommessi, riguardo agli effetti. Anche qui si nota il vicendevole influsso tra cognitio ordinaria e cognitio extra ordinem. La Giurisprudenza vien considerando, sempre più, tutti gli ordinamenti romani, le varie cognitiones come un ordinamento unitario, che serve ad attuare il diritto e soddisfare le esigenze dell' equità. Essa procede avanti lenta ma sicura, verso una méta precisa, segnata dagli interessi della vita pratica e dalla volontà dei soggetti di diritto. La preminenza della volontà si afferma con maggiore intensità e più rapidamente nel campo del diritto ereditario.

La dimostrazione del mio assunto è esaurita, per ciò che riguarda almeno la linea generale dell'assunzione e dello sviluppo della voluntas nel campo del diritto ereditario e quindi in ordine all'origine delle numerose interpolazioni in questa materia.

E vengo alla conclusione.

Nel diritto antico testamentario era considerata solo e rigorosamente la dichiarazione formale, come in generale in

---

è accertata ; cfr. le mie note in [*Diritto Classico*],sp. 270 e p. 285 e i seguenti testi : 19 C. 2, 18 : ratam *faciens* in confronto alla c. 20 C. 3, 36 : si ratam fecerit ; Gai 3, 91 per errorem solvit, in confronto al fr. 5 § 3, D. 44, 7 per errorem *solventis*.

(1) Cfr. sopra, p. 119 e p. 131.

tutto il ius civile. *In principio erat verbum*: onde gli effetti giuridici scaturivano dai verba e aderivano ai verba. Ma il ius civile non restò immobile. Anche a questo riguardo il pretore e la giurisprudenza nell'epoca ciceroniana lo animarono con la considerazione della voluntas del testatore, la quale ogni giorno sempre più largamente fu considerata decisiva, con vari mezzi pretorî o mediante sviluppi giurisprudenziali, per la sorte delle disposizione testamentarie.

Il fedecommesso trovò la via libera al suo sviluppo organico sulla base unicamente della voluntas defuncti. Indagini e constatazioni fatte dalla giurisprudenza nel campo del fedecommesso e decisioni dei magistrati nella cognitio extra ordinem giovarono pure al progresso del ius civile, come risulta dagli esempi che ho illustrati.

Cadute nel diritto postclassico le forme solenni del ius civile e divenuta generale la cognitio extraordinaria, gl'istituti del ius civile non si poterono più distinguere da quelli devoluti alla cognitio extra ordinem. Legati e fedecommessi si fusero in unica figura di diritto, in cui la *voluntas defuncti* è la fonte diretta di tutti gli effetti giuridici.

Le interpolazioni introdotte nei testi da GIUSTINIANO, nelle forme più varie, erano necessarie per attuare legislativamente quella fusione, che s'era compiuta nel diritto postclassico mediante la consuetudine. L'opera dei Compilatori fu semplicemente meccanica; avendo essi eseguita la fusione legislativa sui testi per via di tagli, spostamenti, sostituzioni, aggiunte, fatte quest'ultime in modo ritmico e spesso in maniera grossolana. Essi per altro manipolavano materia classica; sintetizzavano lo sviluppo di quattro secoli di elaborazione giuridica che negli scritti dei giuristi appariva in grande rilievo sia nel campo del ius civile e del ius honorarium, sia, e più particolarmente, nel campo del fedecommesso.

L'influsso delle dottrine elleniche in ordine alla funzione e all'efficacia della volontà s'era manifestato in modo potente fin dall'epoca di CICERONE e aveva rivelato alla giurisprudenza

un elemento di prim'ordine, perennemente vivo ed operante, per scrutare a fondo i fenomeni giuridici e promuoverne lo sviluppo e il progresso.

Così tutto quel che vi è di propriamente vitale nel Corpus iuris è prodotto romano, è continuazione visibile dell'opera dei classici ; il risultato d'una lenta evoluzione, nell'ultima fase accompagnata da fenomeni di distruzione di elementi formali antiquati.

Le scuole di diritto del periodo postclassico fiorite nella parte orientale dell'Impero non vi portarono alcun contributo, specie a riguardo della considerazione della volontà negli istituti di diritto ; e in proposito esse nulla avevano da creare e nulla da aggiungere. Avrebbero potuto, sì, ordinare e sistemare la materia, la quale nel Corpus iuris apparisce in uno stato caotico, per difetto appunto di elaborazione scientifica.

Questa constatazione distrugge l'ipotesi avanzata dal Partsch, di cui ho detto nell'introduzione di questo lavoro (1).

Se i critici moderni poi vogliono attribuire ai Maestri di quelle scuole le storture, le incongruenze e anche le scempiaggini che si leggono in testi interpolati, prodotte com'io credo, dall'affrettata opera dei Compilatori del sec. VI, sono padroni di farlo. Ma farebbero torto a quei Maestri dell' Universo, che furono i primi ad accostarsi con venerazione alle fonti giuridiche romane ; si sforzarono di signoreggiarle, di riassumerle, di ricavarne il contenuto più vivo ; benemeriti sopratutto di aver fondato una tradizione romanistica nell' Oriente, che rese possibile ai contemporanei di Giustiniano di porre le mani su quella ingente massa di opere giuridiche con un disegno temerario, eseguito con rapidità e audacia sorprendenti (2).

---

(1) Cfr. sopra p. 4.

(2) Cfr. *Z.S.S.*, v. 35, p. 295.

IV.

LA COGNITIO EXTRA ORDINEM E IL SUO INFLUSSO SUL IUS CIVILE

Le esperienze fatte mi consentono una conclusione più generale, di cui qui dev'essere almeno prospettata la linea architettonica. Il fedecommesso offre rispetto al legato il modello più semplice e compiuto della evoluzione degli istituti giuridici romani, che dalle forme arcaiche ascendono alle nuove, più progredite del diritto giustinianeo. Tutte le istituzioni giuridiche hanno perció nella loro struttura un fondamento classico-latino.

In realtà il nuovo ius civile riassume, prevalentemente, nel suo organismo gli elementi fondamentali che s'erano sviluppati nel ius gentium, nel ius honorarium e nella cognitio extra ordinem. La Giurisprudenza, dai casi pratici assurgendo ai problemi teorici, dalle singole decisioni alla formazione di regole, dall'analisi dei fatti giuridici e delle norme di diritto alla costruzioni di categorie giuridiche sempre più larghe, aveva per mille vie, attraverso accostamenti e aggruppamenti sempre più numerosi, iniziata l'opera di fusione dei vari ordinamenti vigenti in un sistema unitario, grandemente agevolata prima dal Senato e poi dalla attività imperiale.

La prassi della cognitio extra ordinem figura in prima linea in questo movimento del diritto. Come forma di giurisdizione più moderna, che promana dal potere dello Stato, si allarga sempre più (1), perchè puó attuare il concetto di giustizia al

(1) Cfr. opere citate sopra p. 31 n. 1.

di fuori dei principî e delle norme del ius civile, in modo adeguato alle condizioni e allo spirito dei nuovi tempi. Il ius honorarium in un periodo più antico aveva assunto la stessa missione, ma l'aveva adempiuto nella sola maniera che era possibile allora, cioè intimamente congiunto al ius civile, or agevolando or arrestandone gli effetti con i più vari mezzi. La giurisdizione extra ordinem prescinde del tutto dal ius civile (1) sempre più riconosciuto inadatto per le sue forme e per i suoi principi arcaici ad attuare la giustizia.

In definitiva, l'ultima forza, la più potente, che travolse direttamente il ius civile dalle sue basi granitiche fu la prassi della cognitio extra ordinem. E quando questa cognitio si surrogó interamente a quella ordinaria del periodo classico, essa già era assunta all'importanza d'un nuovo ordinamento, di diritto processuale e materiale, agile, progredito, ricco di esperienze e di dottrine, libero da tutte le forme e norme del ius civile e avente in sè i migliori elementi che il ius gentium, il ius honorarium, le nuove leggi avevano prodotti, e la Giurisprudenza e i Principi coordinati, sia pure in parte, in un unico supremo ordine giuridico.

E pertanto in quel trapasso non si era mutato solo il sistema processuale, bensi tutto l'ordinamento giuridico ; nel senso che il suo centro s'era spostato naturalmente dal ius civile arcaico a quel corpo di norme e di dottrine scaturite dalla praxis della cognitio extra ordinem.

Con ciò non voglio dire che il nuovo ordine sia apparso subito tutto chiaro e compiuto, chè anzi si trascinó per due secoli in uno stato caotico, tutto confuso e perturbato, come attesta GIUSTINIANO (2), intricato com'era nelle opere dei giuristi in una selva di sistemi, di dottrine, di mezzi e di svi-

---

(1) Salvo, s'intende, l'applicazione di norme singole ordinata da leggi, S. C. e costituzioni imperiali. Vedi per i fedecommessi GAI. II, 254, 284 ss.

(2) Cfr. sopra, p. 28.

luppi, tra i quali i pratici dei sec. IV e V stentarono ad orientarsi, o meglio, non seppero orientarsi.

A noi spetta ora il compito di mettere in luce questo processo evolutivo del diritto romano.

E accanto alla fusione del ius honorarium col ius civile e allo sviluppo del fedecommesso, descritto sopra, posso qui indicare alcuni punti che come indici del fenomeno sono caratteristici.

1. Se è vero che la rappresentanza diretta, esclusa in modo assoluto dal ius civile, era attuata dal pretore per mezzo di actiones utiles e precipuamente mediante formulae ficticiae, per soddisfare i bisogni del commercio, è ancora più certo che nella cognitio extra ordinem essa era applicata apertamente, come si presentava nella vita, senza alcuna preoccupazione dei principî e dei divieti del ius civile. Nel Corpus iuris ne è rimasta una traccia in materia annonaria (1), ma non è dubbio, come già il MITTEIS (2) suppose, che la rappresentanza dovette essere riconosciuta in tutti gli altri rapporti del grande commercio devoluti alla cognitio extra ordinem, ed è inoltre probabile, come dice lo stesso MITTEIS, che tutto il diritto del grande commercio, che scaturiva dalla cognitio extra ordinem, abbia preso ben tosto il sopravvento sul diritto privato comune.

2. Abbiam visto sopra che il riconoscimento di forme obbligatorie indeterminate deriva più immediatamente dalla cognitio extra ordinem ; in particolare dalla cognitio fideicommissaria, in cui il magistrato aveva libero potere di apprezzamento, e quivi, specie nei casi di fedecommesso della libertà egli usava affidare a un arbitro l'accertamento di rapporti e condizioni, e quest'uso si propagò a poco a poco ai legati ed a rapporti del ius civile (3).

3. Nello stesso modo abbiamo constatato la estensione di

(1) Sopra p. 34.
(2) *Privatr.* I. p. 228.
(3) V. sopra p. 90 ss.

norme e decisioni, applicate la prima volta nella cognitio extra ordinem, a rapporti di ius civile. Esempi: la clausola cum volueris già recetta nei fedecommessi fu estesa ai legati e poi anche alla stipulatio (1); l'obbligazione a corrispondere le usure per la mora nel fedecommesso riconosciuta anche nel legatum sinendi modo; l'azione concessa al debitore per ottenere la liberazione nel caso di remissione del debito per fedecommesso, fu accordata per il legatum sinendi modo e poi per tutte le forme di legato. Questi esempi sono attestati da Gaio (2).

4. Da singole decisioni rese nella cognitio fideicommissaria a favore della libertà, la Giurisprudenza pervenne a costruire la nuova regola di ius civile, secondo la quale la condizione non adempiuta per il fatto del debitore si deve ritenere come adempiuta (3).

5. La condanna in ipsam rem, che nel nuovo diritto si è sostituita alla condemnatio pecuniaria del processo formulare, ha i suoi precedenti certi in istituti del ius honorarium e in modo più immediato nella cognitio extra ordinem (4).

6. Più generalmente ancora: se l'aequitas era attuata in tutti i rapporti dal pretore in contrasto al ius civile e con vari espedienti processuali, nella cognitio extra ordinem l'aequitas fu riconosciuta in maniera diretta come la più viva sorgente del diritto; il che spiega la sua assoluta prevalenza sul ius, fattasi subito palese con l'affermarsi nel periodo postclassico della cognitio extraordinaria (5).

7. Lo stesso processo storico si osserva in ordine alla considerazione della voluntas nei negozi giuridici. Se la Giurisprudenza ne aveva per via di analisi messo in evidenza la forza

---

(1) V. sopra p. 104.
(2) V. sopra p. 132. Altri esempî vedi in Siber *Z.S.S.*, v. 45, p. 164.
(3) V. sopra p. 105.
(4) V. sopra p. 33.
(5) V. sopra p. 48.

nel mondo dei fenomeni giuridici, tuttavia nel campo del ius civile il suo potere restó sempre subordinato ai verba, che nella vetusta tradizione costituivano per il ius civile la stessa sostanza del diritto. Il riconoscimento di essa procede lentamente prima nel ius gentium, con mezzi indiretti disposti dal ius honorarium e poi principalmente per opera della Giurisprudenza la quale ne fa il centro propulsore di tutto lo sviluppo del diritto, aiutandosi con tutti i mezzi diretti o indiretti, col ius civile (1) o col ius honorarium, con l'estensione di giudicati dall'uno all'altro ordinamento e sopratutto con costruzioni giuridiche e con la formazione di categorie generali. Sotto questi ultimi aspetti notevolissima sopra tutte è l'elaborazione della teoria del possesso che da Labeone a Paolo si presenta tutta imperniata sull'elemento psicologico, che dà all'istituto una meravigliosa agilità e potenza di definire i vari atteggiamenti e aspetti di uno dei fatti più complessi e frequenti nella vita del diritto. La teoria del possesso è il capolavoro della giurisprudenza romana.

Ma tutto questo lento e sapiente sviluppo fu rapidamente sorpassato nella cognitio extra ordinem, in cui la volontà, come energia naturale che determina tutte le manifestazioni umane e regge le relazioni tra gli uomini, dovette apparire come l'elemento essenziale e immediato per la valutazione dei fatti e degli atti giuridici e per la determinazione delle conseguenze giuridiche adeguate ai medesimi, cioè per l'attuazione della aequitas (2). Così tutto il diritto affrancato ormai dalla antica rigida disciplina delle forme prorompe libero verso la vita.

Se così è, dobbiamo riconoscere che nella cognitio extra ordinem c'è una miniera tutta da esplorare e da utilizzare

(1) Su ciò in particolare cfr. sopra p. 14, 121 ss.

(2) Tra i molti esempi vedi quello relativo alla vendita fatta dal testatore della cosa lasciata per fedecommesso o per legato, sopra p. 117; più generalmente poi p. 121 ss.

ai fini della migliore conoscenza del nuovo ius civile del Corpus iuris. Quivi le tracce di questa evoluzione del diritto sono copiose e direi innumerevoli; onde se ne possono scovrire in tutti gl'istituti, ove siano naturalmente scrutati a fondo con altri metodi e sopratutto con spirito romano, scevro da preconcetti. I critici moderni, se vogliono rimanere sul terreno della realtà storica (1), debbono riprendere in mano il Corpus

(1) Come ho avuto spesso occasione di notare in questa dissertazione, la critica per ora si muove fuori la realtà storica, portando la dissoluzione di tutti i valori che costituirono per tanti secoli la gloria di Roma. I critici moderni hanno buttato in aria tutto il passato e si son dati a ricostruire le fonti, gl' istituti di diritto e tutto un nuovo diritto ammassando congetture su congetture, alla rinfusa, con un hiatus che divide due periodi brutalmente, sicchè quelle fonti e quel nuovo diritto sono senza storia, non hanno un processo di formazione. L'esempio più audace è offerto oggi dall' Ebrard, scrittore per altro assai pregiato, il quale (*Z.S.S.*, v. 45, p. 117) riprende l'esame dei fr[i] de origine iuris contenuti nel D. I, 2 e affronta i problemi delle scuole di diritto, delle controversiae iuris e dell' origine delle Istituzioni tramandate dal ms. veronese. Le conclusioni sono sbalorditive. I fr[i] de origine iuris, il Gaio veronese, le controversie di scuola sarebbero, essenzialmente, prodotti del IV e V secolo. L'E. ha potuto svolgere liberamente il suo gioco, senza freni di riferimenti storici e di nessi obbiettivi. Qua e là si contenta di accennare a raffronti generici, che nulla valgono. Ma la Giurisprudenza romana cosa fece nei quattro secoli della sua intensa attività? Non crede l'E. che a questa domanda noi abbiamo il dovere di dare, avanti tutto, una risposta precisa, prima di procedere alla valutazione di tutte le fonti, di qualsiasi ordine? Si intende che egli non ne sente il bisogno, perchè può richiamarsi all' autorità di molti suoi colleghi che lo hanno preceduto in queste invenzioni storiche; e così, come ben dice il Lenel, si elevano torri di dottrine, che servono a sbalordire le folle: «Chi non sa far stupir vada alla striglia». Ma io forse sono incauto a citare un verso del Marino dopo aver osato più che soverchio in questa dissertazione contro tanti valentuomini; i quali potrebbero trarre la risposta alle mie critiche da quell' autore bizzarro, che con la sfrenata libertà di parola irritava i suoi contemporanei e poi sapeva rintuzzarli. E il gran Marino così ribatteva: Se a V. S. pare che quel de s'usa adesso nella poesia (leggi, giurisprudenza) sia tristo e quel che s'usò in altre età sia buono, e se di più come lo crede in teorica così l'esercita in pratica, gran torto le ha fatto la natura a farla nascere a' nostri giorni e non più tosto a tempo antico, dov' avrebbe avuto dalla sua parte e Dante e Petrarca e fra Quittone e tutta l'altra genia... (leggi: Irnerio, Bartolo, Alciato, Cuiacio, Savigny e così via). Ora insomma chi vuol piacere a' morti che non sentono, piacciasi. Io per me vo' piacere ai vivi che sentono. (*Epistolario*, Laterza, v. 1, p. 181).

iuris e ricominciare lo studio delle dottrine seguendone lo sviluppo. In ogni caso è ovvio che questo lavoro dev'essere compiuto preliminarmente perchè, più si è ignari delle vere forze che agirono nell'evoluzione del diritto e più, fatalmente, cresce la smania di correr dietro alle nuvole per acchiapparle e presentarle corazzate d'ignoranza.

Ma io son convinto che la tempesta che oggi sempre più s'infosca attorno al diritto romano non durerà a lungo. La luce che il Corpus iuris proietta ora sull'evoluzione del diritto antico è troppo grande per rimanere velata da una rete di osservazioncelle e di congetture fantastiche. Tutti gl'istituti di diritto consacrati nel Corpus iuris hanno un fondamento classico-latino. In tutti è visibile il processo storico, che, come abbiam visto, si parte da nuclei che si rinnovano di continuo, insieme e in armonia alle nuove condizioni della vita, ed è processo del tutto spontaneo ed interno. Ed a questa integrale intima essenza di romanità deve l'opera di GIUSTINIANO la sua fortuna e l'azione prodigiosa esercitata nella storia della civiltà.

SALVATORE RICCOBONO.

ADDENDA

Devo limitare aggiunte e rinvii al minimo assoluto, per quanto nel corso di sei mesi, dalla data in cui licenziai il Ms, siano venute alla luce notevoli opere e dissertazioni che meriterebbero di essere considerate.

P. 6, n. 3. — V. ora WENGER, *Rectorsrede*, p. 12; KÜBLER, *Geschichte des r. Rechts*, p. 407. — I giudizii sull' influsso delle dottrine dei Greci sul diritto romano sono sempre vari e incerti, e saranno sempre cosi fino a che la formazione delle dottrine romane e il loro sviluppo restaranno un mistero.

P. 19. — Della definizione di Celso : « ius est ars boni et aequi » si occupa ora il WENGER, l. c., p. 10. Il W. traduce *ius* = Rechtsfindung, *ars* = arte. Insisto sulla interpretazione che ho dato sopra, malgrado le osservazioni dell' ERMAN [Grünhut Z., v. 31, p. 570, n. 2], perchè ARS nel suo significato originario è = teoria, sistema : cfr. *Thesaurus*, l. l. sub h. v ; GELLIUS, N. A., I, 22, MERGUET in Cic. sub h. voce, e SANIO, *Varroniana*, p. 205 ; JÖRS, *Rechtswissenschaft etcc.*, p. 312, n. 2.

P. 59, n. 1. — WENGER, l. c., p. 12, dice con molta precisione : *die römische Iurisprudenz überwindet durchaus das ius strictum durch das grösse Princip der Aequitas.*

ENSAYO PARA UN ESTUDIO SOBRE LA « LEX JULIA MUNICIPALIS »

PAR

CARLOS SANCHEZ PEGUERO

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE SARAGOSSE.

ENSAYO PARA UN ESTUDIO SOBRE LA « LEX JULIA MUNICIPALIS »

Grandes discusiones ha motivado la ley contenida en las *tablas de Heraclea*, conocida tambien por los nombres « aes neapolitan » y « aes britannicum » en atención a los lugares donde fué y es conservada, y por el título « lex Julia municipalis » de caracter histórico que SAVIGNY dió al documento al demostrar que el contenido de aquellos bronces no es otro que esta ley.

Grandes discusiones ha motivado la ley Julia municipal y varias son las hipótesis emitidas para explicar los problemas que el texto incompleto de los bronces presenta.

Mas con tanta discusión y tanta hipótesis, poco se ha conseguido en el esclarecimiento y menos en la divulgación del monumento, como no sea un alejamiento de los verdaderos puntos de vista en las cuestiones por él suscitadas, que ha llevado a graves alucinaciones.

De tal manera se han separado los comentadores del texto de la ley, y se han preocupado de problemas hipotéticos planteados por algunos en un exaltado periodo de minucioso analisis, que incluso han sido escritas muchas páginas comentando una supuesta ley que debió existir en relación con los fragmentos heraclenses, y que ni aparece por ninguna parte ni es necesario inventarla para aclarar el contenido de dichos bronces.

Ante tanta literatura, en relacion con lo minúsculo del documento, se ha llegado a perder ya la idea que siquiera con bastante aproximacion a la verdad, puede adquirirse leyendo directa y detenidamente el texto.

Es nuestra pretensión, por eso, dar una síntesis de varias cuestiones que esta ley presenta segun sus comentadores y segun nuestras propias convicciones, para despues realizar una sistematizaciôn del texto que dé idea lo mas clara posible de su contenido y de su caracter.

El monumento permite, y aun exige, que de nuevo se insista sobre él : es de gran importancia y arroja gran luz sobre la organización municipal de las postrimerias de la repûblica. Y ya que constantemente se ha complicado y oscurecido con hipótesis y opiniones diversas, preciso es ahora, mas que nunca, descorrer los velos que con ellas han sido tejidos y presentarla de nuevo tomando de cada comentario lo indiscutible, dejando lo demás, y procurando en la medida de nuestras fuerzas aportar algunos datos que puedan contribuir a un conocimiento mas total.

Advertencias.

Las referencias al texto se hacen en caracteres gruesos que indican las lineas de la transcripción.

Las referencias a las notas, se hacen en números entre paréntesis.

Texto de la Ley

1 Quem h(ac) l(ege) ad co(n)s(ulem) profiterei oportebit sei
2 is, quom eum profiterei oportebit, Romae non erit, tum
3 quei eius° negotia curabit, is ea[[f]]dem omnia, quae eum,
4 quoius negotia curabit, sei Romae esset, h. l. profiterei
5 oporteret (1), item isdemque diebus ad cos. profitemino.
6 Quem h. l. ad cos. profiterei oportebit, sei is pup(illus)
7 seive ea pu(pilla) erit, tum quei eius pup(illi) pu(pillae)ve
8 tutor erit, item eadem°que omnia in iisdem ad cos. profite-

(1) oportebit.

mino ita utei et (1) quae quibusque diebus eum eamve, sei pup(illus) pu(pilla)ve non° es[se]t, h. l. profiterei oporteret.

Sei cos. ad quem (2) h. l. professiones fieri oportebit, Romae non erit, tum is, quem profiterei oportebit, quod eum profiterei° oportebit, ad pr(aetorem) urb(anum) aut, sei is Romae non erit, ad eum pr(aetorem), quei inter peregrinos ius deicet, profitemino, ita utei° eum ad cos., sei tum Romae esset, h. l. profiterei oporteret.

Sei ex eis cos. et pr(aetoribus), ad quos h. l. professiones fierei oportebit, nemo eorum Romae erit, tum is, quem profiterei oportebit,° [[et]] quod eum [[eum]] profiterei oportebit ad tr(ibunum) pl(ebei) profitemino, ita utei (3) eum ad cos. pr(aetorem) [que] urb(anum) eunque quei inter peregri°nos ius deicet, sei tum Romae esset, h. l. profiterei oporteret.

Quod quemquem h. l. profiterei oportebit, is, apud quem ea professio fiet, eius que[i] profitebitur nomen, et ea quae pro°fessus erit, et quo die professus sit, in tabulas publicas referunda curato, eademque omnia quae uteique in tabulas° rettulerit ita (4) in tabulam in album referunda [curato], idque aput forum, et quom frumentum populo dabitur, ibei ubei frumen°tum populo dabitur cottidie maiorem partem diei propositum habeto, u(nde) d(e) p(lano) r. l. p. (5).

Queiquomque frumentum populo dabit (6) damdumve curabit, nei quoi (7) eorum, quorum nomina h. l. ad cos. pr. tr. pl(ebei) in ta°bula in albo proposita erunt, frumentum dato neve dare iubeto neve sinito. Quei ad-

---

(1) ei.
(2) atque.
(3) utet.
(4) eta.
(5) rec(te) l(egi) p(ossit).
(6) dabunt.
(7) que.

versus ea eorum quoi (1) frumentum° dederit, is in tr(itici) m(odios) I HS IↃↃↃ (2) populo dare damnas esto, eius-que pecuniae quei volet petitio esto.

Quae viae in urbem Rom. propiusve u(rbem) R. p. M ubei continente habitabitur, sunt erunt, quoius ante aedificium earum quae° via[[e]] erit (3), is eam viam arbitratu eius aed(ilis), quoi ea pars urbis h. l. obvenerit, tueatur (4) ; isque aed(ilis), curato, uti quorum° ante aedificium erit quamque viam h. l. quemque tueri oportebit, ei omnes eam viam arbitratu eius tueantur, neve eo° loco aqua (5) consistat, quominus commode populus ea via utatur.

Aed. cur. aed. pl., quei nunc sunt (6), queiquomque post h. l. r. factei createi erunt eumve mag. inierint, iei in diebus V proxumeis° quibus eo mag(istratu) designatei erunt eumve mag(istratum) inierint, inter se paranto aut sortiunto, qua in partei urbis quisque° eorum vias publicas in urbem Roma[m], propiusve u(rbem) R(omam) p(assus) M (7), reficiundas sternendas curet, eiusque rei procurationem° habeat. Quae pars quoique aed(ilei) ita h. l. obvenerit, eius aed(ilis) in eis loceis quae in ea partei erunt viarum reficien°darum tuemdarum procuratio esto, utei h. l. oportebit.

Quae via inter (8) aedem sacram et aedificium locumve publicum et inter aedificium privatum est erit, eius° viae partem dimidiam is aed(ilis), quoi ea pars urbis obvenerit, in qua parte ea aedis sacra erit seive aedificium° publicum seive locus publicus, tuemdam locato.

---

(1) quei.
(2) i. e. singulos sestertium quinquaginta milia.
(3) erunt.
(4) Mo. : tueto.
(5) ao.
(6) « in diebus V proxumeis post hanc legem rogatum », deberia poner.
(7) cf. 40.
(8) viam per.

Quemquomque ante suum aedificium viam publicam h. l. tueri oportebit, quei eorum eam viam arbitratu eius aed(ilis),° quoius oportuerit, non tuebitur, eam viam aed(ilis), quoius arbitratu eam tuerei oportuerit, tuemdam locato ;° isque aed(ilis) diebus ne minus X antequam locet aput forum ante tribunale suom propositum habeto, quam° viam tuemdam et quo die locaturus sit, et (1) quorum ante aedificium ea via sit ; eisque quorum ante aedificium° ea via erit, procuratoribusve eorum domum denuntietur facito, se eam viam locaturum et quo die locaturus° sit ; eamque locationem palam in foro per q(uestorem) urb(anum) eumve quei aerario praerit facito. Quamta pecunia eam° viam locaverit, tamtae pecuniae eum eosque, quorum ante aedificium ea via erit pro portioni, quamtum° quoiusque ante aedificium viae in longitudine et in latitudine erit, q(uaestor) urb(anus) queive aerario praerit in tabula[s]° publicas pecuniae factae referundum curato. Ei quei eam viam tuemdam redemerit, tamtae pecuniae eum eos°ve adtribuito sine d(olo) m(alo). Sei is quei adtributus erit eam pecuniam diebus XXX proxumeis, quibus ipse aut pro°curator eis sciet adtributionem factam esse ei, quoi adtributus erit, non solverit neque satis fecerit, is° quamtae pecuniae adtributus erit, tamtam pecuniam et eius dimidium ei, quoi adtributus erit, daro debeto, ° inque eam rem is, quo quomque de ea re aditum erit, iudicem iudiciumve ita dato, utei do pecunia credita° [iudicem] iudicium [[q]] ue dari oporteret (2).

Quam viam h. l. tuemdam locari oportebit, aed(ilis), quem eam viam tuemdam locare oportebit, is eam viam per° q(uaestorem) urb(anum) queive aerario praerit tuemdam locato, utei eam viam arbitratu eius, quei

(1) ei.
(2) oportebit.

eam viam locandam° curaverit, tueatur. Quamtam pecuniam ita quaeque via locata erit, t(amtam) p(ecuniam) q(uaestor) urb(anus) queive aerario praerit° redemptorei, quoi e lege locationis dari oportebit, heredive eius damnam adtribuendam curato.

Quo minus aed(iles) et IIIIvir(ei) vicis in urbem purgandeis, IIvir(ei) vicis extra propiusve urbem Rom(am) passus [M]° purgandeis, queiquomque erunt, vias publicas purgandas curent eiusque rei potestatem habeant, °ita utei legibus pl(ebei)ve sc(itis) s(enatus)[ve] c(onsultis) oportet oportebit, eum (1) h. l. n(ihilum) r(ogatur).

Quoius ante aedificium semita in loco erit, is eam semitam, eo aedificio perpetuo lapidibus perpetueis° integreis continentem constratam recte habeto arbitratu eius aed(ilis), quoius in ea parte h. l. varium° procuratio (2) erit.

Quae viae in u(rbem) R(omam) sunt erunt intra ea loca, ubi continenti habitabitur, ne quis in ieis vieis post k. Ianuar.° primas plostrum interdiu post solem ortum, neve ante horam X diei ducito agito, nisi quod aedium° sacrarum deorum inmortalium caussa aedificandarum operisve publice faciumdei causa adv[e]hei porta°ri oportebit, aut quod ex urbe exve ieis loceis earum rerum, quae publice demolienda[e] loca[tae] erunt, publi°ce exportarei oportebit, et quarum rerum caussa plostra h. l. certeis hominibus certeis de causeis agere° ducere licebit.

Quibus diebus virgines Vestales regem (3) sacrorum flamines plostreis in urbe sacrorum publicorum p(opuli) R(omani) caussa° vehi oportebit, quaeque plostra

(1) eum o sta per eorum, o in eius.
(2) procurator.
(3) rex.

triumphi caussa, quo die quisque triumphabit (1), ducei oportebit, quaeque° plostra ludorum (2), quei Romae aut urbei Romae [p(ropius) p(assus) M] (3) publice seient, inve pompam ludeis circiensibus ducei agei opus° erit : quo[[ve]] minus earum rerum caussa eisque diebus plostra interdiu in urbem ducantur agantur, e(ius) h(ac) l(ege) n(ihilum) r(ogatur).

Quae plostra noctu in urbem inducta erunt, quo minus ea plostra inania aut stercoris exportandei caussa° post solem ortum h(oris) X diei bubus iumenteisve iuncta in u(rbe) R(oma) et ab u(rbe) Ro(ma) p(assus) M esse liceat. e(ius) h. l. n(ihilum) r(ogatur).

Quae loca publica porticusve publicae in u(rbe) R(oma) p(ropius)ve u(rbei) R(omae) p(assus) M sunt erunt, quorum locorum quoiusque porticus° aedilium eorumve mag(istratuom), quei vieis loceisque publiceis u(rbis) R(omae) p(ropius)ve u(rbei) R(omae) p(assus) M purgandeis praerunt, legibus° procuratio est erit, nei quis in ieis loceis inve ieis porticibus quid in aedificatum immolitumve (4) habeto, ° neve ea loca porticumve quam possideto, neve eorum quod saeptum clausumve habeto quo minus eis° loceis porticibusque populus utatur pateantve, nisi quibus uteique leg(ibus) pl(ebei)ve sc(itis) s(enatus)ve c(onsultis) concessum permissumve e[st].

Quibus loceis ex lege locationis, quam censor aliusve quis mag(istratus) publiceis vectigalibus ultrove tributeis° fruendeis tuendeisve dixit, dixerit, eis, quei ea fruenda tuendave conducta habebunt, ut utei fruei liceat° aut utei ea ab eis custodiantur, cautum est, ei

(1) triumphavit.
(2) falta quizà : caussa.
(3) suplemento de Mommsen.
(4) in molitomve.

158 quo minus ieis loceis utantur fruantur ita, utei quo[i]que
159 corum° [ex l]e[ge loca]tionis (1) ieis [sine d(olo) m(alo)]
160 utei fruei licebit ex h. l. n(ihilum) r(ogatur).
161 Quos lud[os] quisque Romae p(ropius)ve u(rbei)
162 R(omae) p(assus) M faciet, quo minus ei eorum ludorum
163 caussa scaenam pulpitum ceteraque,° quae ad eos ludos
164 opus erunt, in loco publico ponere statuere eisque
165 diebus, quibus eos faciet, loco publico utei° liceat,
166 e(ius) h. l. n(ihilum) r(ogatur).
167 Quei scribae librarei magistratibus apparebunt, ei
168 quo minus loceis publiceis, ubei is, [quoi]quisque
169 eorum apparebunt, ° iuserit, apparendi caussa utantur,
170 e(ius) h. l. n(ihilum) r(ogatur).
171 Quae loca serveis publiceis ab cens(oribus) habitandei
172 utendei caussa adtributa sunt, ei quo minus eis loceis
173 utantur, e(ius) h. l. n(ihilum) r(ogatur).
174 Queiquomque in municipeis coloneis praefectureis
175 foreis conciliabuleis c(ivium) R(omanorum) IIvir(ei)
176 IIIIvir(ei) erunt alioue° quo nomine mag(istratum)
177 potestatemve sufragio eorum, quei quoiusque muni-
178 cipi[[a]] coloniae praefecturae° fori (2) conciliabuli
179 erunt, habebunt : neis quis eorum que[m] in eo muni-
180 cipio colonia[[e]] praefectura[[t]] foro concilia°bulo [in]
181 senatum decuriones conscriptosve legito neve sublegito
182 neve co[[a]]ptato neve recitandos curato° nisi in demor-
183 tuei damnateive locum eiusve quei confessus erit se
184 senatorem decurionem conscreiptumve° ibei h. l. esse
185 non licere.
186 Quei minor annos XXX natus est erit, nei quis eorum
187 post k. Ianuar. secundas in municipio colonia praef°ec-
188 tura IIvir(atum) IIIIvir(atum) neve quem alium
189 mag(istratum) petito neve capito neve gerito, nisei quei

(1) suplemento de Mazzocchi.
(2) foro.

eorum stipendia° equo in legione III aut pedestria in legione VI fecerit, quae stipendia in castreis inve provincia maiorem (1)° partem sui quoiusque anni fecerit, aut bina semestria, quae ei pro singuleis ann[u]eis procedere oporteat°, aut ei vocat[i]o rei militaris legibus pl(ebei)ve sc(itis) exve foidere erit, quocirca eum inveitum merere non° oporteat. Neve quis, que[i] praeconium dissignationem libitinamve faciet, dum eorum quid faciet, in muni°cipio colonia praefectura IIvir(atum) IIIIvir (atum) aliumve quem mag(istratum) petito neve capito neve gerito neve habeto.°, neve ibei senator neve decurio neve conscriptus esto neve sententiam dicito. Quei eorum ex eis, quei s(upra) s(criptei) s(unt), adversus ea fecerit, is HS I,I,I,) p(opulo) d(are) d(amnas) e(sto), eiusque pecuniae quoi volet petitio esto.

Queiquomque in municipio colonia[[e]] praefectura post k. Qui[n]ct(iles) prim(as) comitia IIvir(eis) IIIIvir (eis) (2) aleive quoi mag(istratui)° rogando subrogandove habebit, is ne quem, quei minor annois[XXX] natus est erit, IIvir(um), III[I]vir(um), quei[ve] ibei° alium mag(istratum) habeat, renuntiato neve renuntiarei iubeto, nisi quei stipendia equo in legione III, aut sti°pendia pedestria in legione VI fecerit, quae stipendia in castreis inve provincia maiorem partem sui° quoiusque anni fecerit, aut bina semestria, qua[e] ei pro singuleis annueis procedere oporteat, cum eo° quod ei legibus pl(ebei)ve sc(iteis) procedere oportebit, aut ei vocatio rei militaris legibus pl(ebei)ve sc(iteis) exve foedere° erit, quo circa eum invitum merere non oporteat. Neve eum, quei praeconium dissignationem libitinamve (3) faciet, dum eorum quid° faciet, IIvir(um) IIIIvir(um),

(1) maiorei vel. maiora aes.
(2) II^{r} vir.
(3) libitinanve.

queive ibei mag(istratus) sit, renuntiato, neve in senatum neve in de°curionum conscriptorum[ve] numero legito sublegito coptato neve sententiam rogato neve dicere neve° ferre iubeto sc(iens) d(olo) m(alo). Quei adversus ea fecerit, is HS IↃↃↃ p(opulo) d(are) d(amnas) esto, eiusque pecuniae quei volet petitio esto.

Quae municipia colonia[e] praefectura[e] fora conciliabula c(ivium) R(omanorum) sunt erunt, nei quis in eorum quo municipio° colonia praefectura [foro] conciliabulo [in] senatu decurionibus conscreipteisque esto, neve quoi (1) ibi in eo ordine° senten[[tem]]tiam deicere ferre liceto, quei furtei quod ipse (2) fecit fecerit condemnatus pactusve est erit° ; queive iudicio fiducio (3) pro socio, tutelae, mandatei, iniuriarum deve d(olo) m(alo) condemnatus est erit ; queive lege° Plaetoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit : queive depugnandei° caussa auctoratus est erit fuit fuerit ; queive in iure (4) abiuraverit, bonamve copiam iuravit iuraverit ; quei-[ve]° sponsoribus creditoribusve sueis renuntiavit renuntiaverit se soldum solvere non posse ; aut cum eis° pactus est erit se soldum solvere non posse ; prove quo datum depensum est erit ; quoiusve bona ex edicto° eius, qu[e]i [i(ure)] d(eicundo) praefuit praefuerit, — praeterquam sei quoius, quom pupillus esset reive publicae caussa abesset° neque d(olo) m(alo) fecit fecerit quo magis r(ei) p(ublicae) c(aussa) a(besset) (5), — possessa proscriptave sunt erunt ; queive iudicio

(1) quoe.
(2) ispe.
(3) fiduciae.
(4) Mommsen suple diciendo « bonam copiam abiurabit ». Mazzocchi propone suplir « creditum » o « rem creditam », antes de « abiuravit ». Wlassak prefiere : « pecuniam creditam ».
(5) Mommsen dice « possessa proscriptave sunt erunt ».

publico Romae° condemnatus est erit, quo circa eum in Italia esse non liceat, neque in integrum resti[tu]tus est erit ; queive in eo° municipio colonia praefectura foro conciliabulo, quoius erit, iudicio publico condemnatus est erit ; quemve° k(alumniae) praevaricationis caussa accussasse fecisseve quod iudicatum est erit ; quoive aput exercitum ignominiae° caussa ordo ademptus est erit ; quemve imperator ingnominiae caussa ab exercitu decedere iusit iuserit;° queive ob caput c(ivis) R(omanei) referundum pecuniam praemium aliudve quid cepit ceperit ; queive corpore (1) quaestum° fecit fecerit ; queive lanistaturam artemve ludic[r]am fecit fecerit ; queive lenocinium faciet. Quei° adversus ea in municipio colonia praefectura[[ve]] foro conciliabulo [in senatu] decurionibus conscripteisve fuerit° sententiam dixerit, is HS IↃↃↃ p(opulo) d(are) d(amnas) esto. eiusque pecuniae quei volet petitio esto.

Quoi h. l. in municipio colonia praefectura foro conciliabulo senatorem decurionem conscriptum esse,° inque eo ordine sententiam dicere ferre non licebit, nei quis quei in eo municipio colonia praefectura° foro conciliabulo senatum decuriones conscriptos habebit, eum in senatum decuriones conscriptos° ire iubeto sc(iens) d(olo) m(alo) ; neve eum ibei sententiam rogato neive dicere neive ferre iubeto sc(iens) d(olo) m(alo) ; neve quis, quc[i]° in eo municipio colonia praefectura foro conciliabulo sufragio eorum maxumam potestatem habebit° eorum quem ibei in senatum decuriones conscriptos ire, neve in eo numero esse neve (2) sententiam ibei dicere° ferreve sinito sc(iens) d(olo) m(alo) ; neve quis eius rationem comitieis conciliove [habeto, neive quis quem, sei adversus ea comitieis conciliove] (2*bis*)

(1) corpori.
(2) nive.
(2bis) suplemento de Mommsen.

creatum est renuntiato, neve quis,° quei ibei mag(istratum) potestatemve habebit, eum cum senatu decurionibus conscript[eis lud]os spectare neive in convivio° publico esse sinito (1) sc(iens) d(olo) m(alo).

Quibus h. l. in municipio colonia praefectura foro conciliabulo in senatu (2) decurionibus conscripteis esse° non licebit, ni quis eorum in municipio colonia praefectura foro conciliabulo IIvir(atum) IIIIvir(atum) aliamve° quam potestatem ex quo honore in eum ordinem perveniat, petito neve capito ; neve quis eorum ludeis,° cumve gladiatores ibei pugnabunt, in loco senatorio decurionum conscriptorum sedeto (3) neve spectato° neve convivium publicum is inito ; neive quis, sei (4) adversus ea creatum renuntiatum erit, ibei IIvir° IIIIvir esto, neve ibei m(agistratum) potestatemve habeto. Quei (5) adversus ea fecerit, is HS (IↃↃↃ) p(opulo) d(are) d(amnas) esto, eius que pecuniae quei° volet petitio esto.

Quae municipia coloniae praefecturae c(ivium) R(omanorum) in Italia sunt erunt, quei in eis municipieis coloneis° praefectureis maximum mag(istratum) maximamve (6) potestatem ibei habebit tum, cum censor aliusve° quis mag(istratus) Romae populi censum aget, is diebus LX proxumeis, quibus sciet Romae censum (7) populi° agi, omnium municipium colonorum suorum queique eius praefecturae erunt, q(uei) c(ives) R(omanei) erunt, censum° agito (8), eorumque nomina praenomina patres aut patronos tribus cognomina et quod annos°

(1) sineto.
(2) sinatum.
(3) sedito.
(4) quei adversus ea creatus renuntiatus erit, segun Mommsen.
(5) quis.
(6) maximumve.
(7) cinsum.
(8) agunto.

quisque eorum habet, et rationem pecuniae ex formula census, quae Romae ab eo, qui tum censum° populi acturus erit, proposita erit, ab ieis (1) iurateis accipito ; eaque omnia in tabulas publicas sui° municipi referunda curato ; eosque libros per legatos, quos maior pars decurionum conscriptorum° ad eam rem legarei mittei censuerint tum, cum ea[[s]] res consuleretur, ad eos, quei Romae censum agent, ° mittito ; curatoque, utei, quom amplius dies LX reliquie erunt ante quam diem ei, queiquomque Romae° censum aget (2), finem populi ce[n]sendi faciant, eos adeant (3) librosque eius municipi coloniae praefecturae° edant ; isque censor, seive quis alius mag(istratus) censum populi aget, diebus V proxumeis, quibus legatei eius° municipi coloniae praefecturae adierint, eos libros census, quei ab ieis legateis dabuntur, accipito° s(ine) d(olo) m(alo), exque ieis libreis, quae ibei scripta erunt in tabulas publicas referunda curato, easque tabulas° eodem loco, ubei ceterae tabulae publicae erunt, in quibus census populi perscriptus erit, condenda[s] curato.

Qui pluribus in municipeis coloneis praefecture is domicilium habebit et is Romae census erit, quo magis° in municipio colonia praefectura h. l. censeatur, e(ius) h. l. n(ihilum) r(ogatur).

Quei lege pl(ebeive) sc(ito) permissus est fuit, utei leges in municipio fundano municipibusve eius municipi daret° sei quid (4) is post h. l. r(ogatam) in eo anno proximo, quo h. l. populus iuserit, ad eas leges (5), municipi[[ei]]s fundanos° item teneto, utei oporteret. sei eae res ab eo tum, quom primum leges eis municipi-

(1) arieis.
(2) agei.
(3) adeam.
(4) quis.
(5) Mazzocchi suple, «addiderit commutaverit conrexerit».

339 bus lege pl(ebei)ve sc(ito) dedit, ° ad eas leges additae
340 commutatae conrectae essent : neve quis intercedito
341 neve quid facito, quos minus° ea rata sint, quove minus
342 municipis fundanos tenea[n]t eisque optemperetur.

Generalidades sobre las Tablas de Heraclea.

DESCUBRIMIENTO. — El monumento legal que conocemos con el nombre *Tablas Heraclenses* fué descubierto en dos veces.

En el año 1732 y cerca de la vetusta Heraclea — ciudad de la antigua provincia italiana de Lucania — se halló la parte inferior de una gran tabla de bronce que fué depositada en el Museo Regio de Napoles.

En 1735 apareció la parte superior, que, vendida al ingles Ph. Carteret Webb y reclamada después por Carlos III rey de Napoles, fué incorporada a la inferior, perteneciendo desde entonces al Regio museo napolitano tan preciado y discutido monumento jurídico, incompleto aun por faltarle el principio (1).

ESTRUCTURA. — Los fragmentos hallados corresponden a una gran tabla de bronce de 1'33 por 0'38 m, cuya parte superior no ha sido encontrada.

Su anverso muestra inscripciones en griego referentes a Heraclea. En el reverso figuran escritos en caracteres romanos y signos comunes en la epigrafia romana, treinta capitulos de ordenación legislativa que Savigny reconoció como fragmentos de la *lex Julia municipalis.*

LEY O PLEBISCITO. — Siendo trascendental la distincion entre ley y plebiscito, no deja de tener interés el saber si los preceptos legales hallados en Heraclea fueron una u otra fuente.

---

(1) Bruns, *Fontes iuris romani antiqui*, Friburgo, 1893, pag. 104.

La solución sería mas categórica si conociésemos el principio del documento, porque allí constaria la presidencia y especie de la asamblea. Pero a pesar de ser esta parte ignorada, no es difícil inducir concretamente su caracter de ley a juzgar por los mismos datos que el texto nos proporciona.

Analizando los preceptos se ve que no confunden leyes y plebiscitos **194-195**, **215-216**, **217**, etc. : y que no confundiéndolos, el texto habla constantemente atribuyéndose el caracter de ley : y así figura repetidamente la inscripción h. l. (hac lege) desde el principio hasta el fin ; y mas completa la frase en las líneas **50** y **335**, en las que se lee... « post h. l. r. » (hanc legem rogatam).

FECHA. — El monumento no permite puntualizar exactamente la fecha de promulgación y todo queda reducido en este punto a conjeturas mas o menos probables.

M. H. NISSEN defiende que la ley fué publicada en 718 de Roma. SAVIGNY opina con MOMMSEN que lo fué en 709 (1). LEGRAS pretende demostrar que es anterior al 664 (2).

Sin noticias ulteriores mas completas y concretas puede admitirse que la ley heraclense fué promulgada en el año 709 de Roma. Las pruebas que pueden aducirse en favor de esta fecha son las siguientes :

Restriccion contra los asesinos. — El dictador Sila promulgó la ley Cornelia « de proscriptione » contra los enemigos. Dueño de Roma, ofreció premio por cada cabeza de proscrito. Esto motivó la realización de muchos robos y matanzas (3), que terminaron con la caida del regimen aristocrático.

La ley heraclense debió ser necesariamente posterior a la abdicación de Sila : pues establece que no podrá ser decurion el que tomare premio por la cabeza de un ciudadano romano

(1) BRUNS, *Fontes...*, pag. 104.

(2) LEGRAS, *La table latine d'Héraclée*, Paris, 1907.

(3) SALUSTIO, *Conjuración de Catilina*, trad. española, Madrid, 1796, pag. 163.

257–258 que es tanto como una derogación de las tiránicas disposiciones de Sila.

Incapacidad para el decurionado. — Que la ley fué posterior al 688 lo indica la linea **235**, donde se dice que ninguno podrá ser elegido decurion si ha estado condenado en juicio por dolo malo : y el juicio por dolo malo fué introducido por AQUILIO GALO en el año 688 siendo pretor (1).

Incapacidad de los pregoneros. — En las lineas **218** a **222** se establece que los pregoneros no podrán ser decuriones.

CICERON solicitó de Balbo en el año 708 que le dijese cuanto hubiera en la ley acerca de pregoneros (2). Parece ser que algunos han interpretado esto en el sentido de que la ley heraclense fué anterior a la petición de CICERON. Pero es raro que un personaje como CICERON, cultísimo y ducho en las cosas de su tiempo, tuviera que interrogar sobre una ley ya promulgada. Es mas creible suponer que si CICERON escribió a Balbo — amigo de Cesar — (3) fué para conocer lo que hubiera respecto a pregoneros en la ley proyectada. Es verdad que CICERON escribió « quid esset in lege » pero tambien es indudable que — retórico artificioso — usó del sentido figurado hasta en el lenguaje familiar : pudiendo ocurrir muy bien que escribiera ley en vez del proyecto ignorado.

Esa carta de CICERON induce, en nuestro sentir, a creer que en el año 708 de Roma la ley heraclense estaba preparada pero no votada ni promulgada.

Denominacion para un mes del año. — La tradición atribuye a Rómulo la división del año en diez meses. El nombre del quinto mes (« quintilis ») prevaleció hasta que Cesar arregló

---

(1) PACCHIONI, *Corso di Diritto romano*, Torino, 1918-1922, pag. LV vol., I

(2) CICÉRON, *Ad fam...*, 6, 18 : *Biblioteca Clasica.* CICÉRON, *Epistolas*, Madrid, 1884. A. LEPTA, pag. 252.

(3) Hubo un Acio Balbo padre de Atia, madre de AUGUSTO ; ese Balbo ejecutó en Campania la ley agraria de CESAR.

el calendario conforme al Sol (1). Esta reforma fué realizada en el tercer consulado de Cesar con Lépido, acontecido en el 708 (2): y es probable que la denominación « Julius » del quinto mes comenzase en el 711 para honrar la memoria del dictador muerto.

Las tablas de Heraclea aun hablan de « quinctiles » **206**: Lo que indica, que la ley debió ser publicada en los ultimos tiempos de Cesar, antes de llamar « julius » al antiguo quinto mes del año.

Creación de los ediles ceriales. — Las tablas heraclenses tratan de ediles plebeyos y de ediles curules **49**, pero no de los ediles ceriales que fueron creados por Cesar en los comienzos del año 710 (3). Esto tambien puede ser motivo para suponer que la ley que comentamos fué anterior a la fecha de creación de los ediles ceriales.

Dictadura suprema del Cesar. — Es facil suponer que la ley en cuestión corresponde al momento culminante del Gobierno de Cesar, el año 709, en que según los Fastos consulares fue supremo dictador « sine colega » (4).

Conclusión. — Sin que pueda ponerse fe ciega en los anteriores argumentos, síntesis algunos de los hechos por comentadores a *las tablas de Heraclea*, y complementos otros de nosotros, es perfectamente admisible la fecha del 709 que SAVIGNY propuso, sin que puedan prevalecer contra las pruebas aducidas las indicaciones que LEGRAS hace en su publicación *La table latine d'Héraclée*. Paris, 1907, para demostrar que la ley fué anterior al año 664.

(1) SUETONIO, *Vidas de los Cesares, Cesar*, XL, *Biblioteca clasica*, Madrid, 1883, pag. 49.

(2) *Corpus Inscriptionum Latinarum*, vol. I, pars prior, Berlin, 1893, pag. 158.

(3) MOMMSEN, *Le Droit public romain*, vol. IV, Paris, 1894, pag. 175.

(4) *C. I. L.*, vol. I, *pars prior* : « *Fasti in lapidibus servati* », pag. 158.

COMENTADORES. — El primer ilustrador de las tablas heraclenses fué Mazzocchi algunos años despues del descubrimiento de las mismas. Después de él han preocupado a otros insignes romanistas e historiadores.

He aqui cronológicamente los investigadores que han escrito sobre las *tablas de Heraclea*, ya monografias, ya artículos en Revistas, ya dedicando buena cantidad de páginas en libros suyos de caracter general :

Mazzocchi. — *Comment. in regii Herculanensis Mussaei aeneas tabulas Heracleenses.* Napoles, 1755.

Carteret. — Publicó en 1760 una *monografia* sobre la tabla de la cual fué poseedor durante varios años.

Hugo. — En la *Ziviliches Magazin*, III, 1812.

Marezoll. — *Fragmentum legis romanae in avese tab. Heraclensis.* 1816.

Dirksen. — *Observationes ad tabulae heraclensis partem alteram quae vulgo aeris neopolitam nomine venit.* 1817.

Savigny. — *Der Röm. Volksschluss der Tafel von Heraclea.* En la *Vermischte Schriften*, III. 1850, pags. 279 y sigs.

Karlowa. — *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1885, pags. 438 y sigs.

Kubler. — *Zeitschrift der Savigny-Stiftung.* XXVIII, pags. 417 y sigs., 1907 : artículo en esa revista.

Legras. — *La table latine d'Héraclée.* Paris, 1907.

Pais. — *Circa l'étà e la data della Lex latina di Eraclea.* En las publicaciones de la *R. A. dei Lincei* : XIX, serie V, fas. 11-12, Roma, 1911, pags. 7 y sigs.

Mitteis. — *Ueber di sogenannte Lex Julia Municipalis.* En la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, XXXIII, pags. 159 y sigs., 1912.

De Sanctis. — *Note di Epigrafia romana* II : en las publicaciones de la *R. Academia de Ciencias de Torino*, XLVIII, pags, 8 y sigs., 1913 : y otra nota en las de la *R. A. dei Lincei*, XX, serie V, pags. 157 y sigs.

Ademas raro es el tratado de Historia o de Instituciones romanas que nada diga sobre esta ley de Heraclea, si bien con las naturales limitaciones que en las obras de caracter general se imponen a los detalles.

TRANSCRIPCIONES. — El texto de la ley heraclense está muy divulgado. Ademas de figurar en casi todos los trabajos antes citados, consta en obras de Epigrafia y en las colecciones de textos : entre ellas en las siguientes :

Corpus Inscriptionum latinarum, Berlin, I, 119, nº 206.

Fontes iuris romani antiqui, BRUNS. Friburgo, 1893, pags. 104 a 113.

Textes de Droit romain, GIRARD. Paris, 1895, pags. 77-79.

Tambien a veces los grandes tratados de Derecho romano la transcriben, como el de PACCHIONI, *Corso di Diritto Romano*, pags. LV a LXVII, vol. I, Torino, 1918 : esta transcripcion, que es la copiada por nosotros, es la que figura en la ultima edicion de la *Colección de Bruns*, pags. 102 a 112.

CONTENIDO. — El contenido de las *tablas de Heraclea* es el siguiente :

Reglas sobre declaraciones de bienes **1–39** que debieron tener doble finalidad : saber a quienes habia que dar trigo por carecer de medios de fortuna **36–39**, y conocer la riqueza total e individual a los efectos del censo.

Reglas de policia urbana **40–152**. **161–166** referentes principalmente al cuidado y conservación de las calles, tránsito, beneficencia y espectáculos.

Un párrafo dedicado a públicos vectigales y otros tributos **153–160**.

Otro a copistas y secretarios **167–170**.

Otro a siervos públicos **171–173**.

Reglas de capacidad y funciones de Magistrados y ciudadanos de municipios, colonias y prefecturas **174–298**.

Reglas relativas a la confección de los censos locales **299–332**.

Y un párrafo destinado a cierta especialidad de organización de los municipios fundanos **333–342** (1).

REDACCION. — La ley heraclense esta redactada en estilo muy semejante al de otras ordenaciones legislativas pertenecientes a la ultima època de la república. Adolece de falta de claridad y concisión que impide frecuentemente la recta interpretación de algunos párrafos **179–185**, **238–239**, **299–328**.

Las *tablas de Heráclea* no tienen la redaccion ruda y enérgica de la ley decemviral ; ni tampoco la elegante sobriedad que admiramos en algunos fragmentos jurídicos del siglo II. Pudiera decirse que es una ley sin estilo legal.

Mas este monumento de formas imperfectas ofrece a veces sólida doctrina digna de estudio y en muchos puntos de plena actualidad.

CUESTIONES QUE HAN SUSCITADO. — A pesar de haber transcurrido tanto tiempo desde el descubrimiento de las tablas heraclenses y a pesar de haber sido muchos los que han tratado de estudiarlas, todavia no están bastante discutidas ni aclarados todos sus extremos oscuros. Entre las cuestiones mas importantes que han sido planteadas por los estudiosos de esta ley, sobresalen las dos siguientes :

Puede identificarse el contenido de las tablas de Heraclea con la « lex Julia municipalis »? — A juicio de SAVIGNY, sí : *las tablas de Heraclea* no son sino fragmentos de la « lex Julia municipalis ». Esta es la opinión reinante, sin que contra ella

---

(1) *Fundus* : ciudad del Lacio en la provincia de Caserta con limites en el Mediterraneo.

Esta muy oscuro cuanto a municipios fundanos se refiere : la ausencia de datos impide interpretar bien lo que la ley Julia municipal y otros textos dicen de este asunto : pueden versen algunas hipotesis en el libro de COSTA, *Storia del Diritto romano pubblico*, Firenze, 1920, pag. 241 a 243 (nota).

hayan podido prevalecer las críticas de KARLOWA (1) ni las opiniones de LEGRAS, de DE SANCTIS y PAIS (2).

La ley es del tiempo de Cesar : por ello le cabe perfectamente la denominación « Julia » : y en cuanto al adjetivo « municipalis », aparece en una inscripción hallada en Padua y tambien en las compilaciones justinianeas.

La inscripción de Padua dice asi : M. IVNIVS SABINVS IIII. VIR. AEDILICIAE. POTESTAT. E. LEGE. JVLIA. MVNICIPALI. (3).

Esta inscripción ha sido casi unánimemente referida a *las tablas de Heraclea* : primero, por que estas tablas hablan de los ediles y de sus funciones : y segundo, por que no puede aplicarse a ninguna otra ley Julia de las que conocemos.

Lo propio sucede con los fragmentos que aparecen en las compilaciones de JUSTINIANO : *Digesto*, L, 9, 3 : « Lege autem municipali cavetur » : *Código*, VII, 9, 1 : « ut lege municipali... comprehenditur ». No hay posibilidad de relacionarlos con otras leyes conocidas que no sea la contenida en las tablas heraclenses.

Ademas : que la ley es municipal no puede ponerse en duda una vez leida : ya hemos indicado sintéticamente su contenido, y pronto lo veremos con cierto detalle.

En tanto no aparezcan pruebas mas concluyentes, puede admitirse perfectamente que el contenido de *las tablas de Heraclea* es el de la ley « Julia municipalis » a que aluden la inscripción de Padua y los fragmentos justinianeos.

La ley de Heraclea o Julia municipal, puede considerarse como una ley general? — Según SAVIGNY y MAZZOCCHI fué

(1) KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, vol. I, Leipzig, 1885, pag. 138 y sigs.

(2) Pueden verse en extracto en el libro de PACCHIONI, Corso, vol. I, pag. LVII.

(3) *C. I. L.*, V, 2864, y COGLIOLO, *Manuale delle fonti del Diritto romano*, vol. II, Torino, 1887, pag. 621.

una ley para el municipio de Roma. Particularmente SAVIGNY la consideró como una *lex satura* (1) hecha en desprecio de la «lex Cecilia Didia» (2).

Mas contra las creencias del gran romanista, se alzó pronto MOMMSEN diciendo que la ley de Heraclea era una ley municipal hecha por Cesar precisamente para demostrar que Roma fué un municipio como otro cualquiera. MOMMSEN cree, pués, que se trata de una ley general aplicable a muchos municipios y colonias.

LEGRAS opina que no fué sino un complemento de ley romana, de variado contenido, espontaneamente dada a Heraclea primera ciudad que en este momento pudó pedir la ciudadania (3).

Y aun hay quien cree que se trata de un pequeño Digesto de leyes romanas hecho compilar y publicar en Heraclea (4).

Pero de la lectura detenida del texto se infiere como cosa mas probable, que la ley Julia municipal fue una ley general, si bien a veces se refiere a Roma en concreto. Evidentemente no todos sus preceptos parecen tener el mismo alcance.

Hay disposiciones que se refieren a Roma unicamente **1–152**, **161–166**, **171-173** otras pueden ser generales **153–160**, **169–170**, **174–298**, **329–332** aunque cabe discutirse en muchos detalles si hacen referencia unicamente a los municipios fuera de Roma o si comprenden tambien a esta. Otras estan especificamente destinadas a municipios que no son Roma **299–328**. Y un párrafo se dirige unicamente a los municipios fundanos **329–342**.

Puede muy bien creerse que esta ley pretende unificar el regimen administrativo municipal, si bien respetando ciertas

(1) *Lex satura*; ley confusa, en que se contienen muchos puntos sin distinción ni orden.

(2) GIRARD, *Textes de Droit romain*, Paris, 1895, pag. 77.

(3) *La tab. lat. d'Her.*, pag. 18.

(4) DE SANCTIS, *Rendiconto dei Lincei*, vol. XX, serie V, pag. 157 y sigs.

diferencias y especialidades que en epoca posterior habian de desaparecer.

SIGNIFICACION HISTORICA DE LA LEY JULIA MUNICIPAL. — Toda la evolución social de Roma consiste en el tránsito del regimen de ciudad al regimen de Sociedad amplia, tipo imperio o reino.

En un principio el Estado romano estaba constituido solamente por la ciudad de Roma : durante la república tampoco ocurrió a nadie que los demas pueblos pudieran formar con Roma algo parecido a una nación. Roma podia recoger personas, y hasta las transformaba a la larga en romanos, pero no podia asimilar toda una poblacion extranjera a su población, todo un territorio extraño al suyo. Cuando un pueblo quedaba sometido, no ingresaba en el Estado romano, « in civitate », sino en la denominación romana, « in imperio » (1).

Después, por achaque comun a todo desenvolvimiento social, se tiende a que el Estado sea algo mas amplio, algo que salga de los estrechos limites de las murallas que circundan la ciudad.

Las conquistas romanas aumentan extraordinariamente, y entreviendo quizás la organización unitaria, Roma no permite que los pueblos sometidos sigan en el régimen municipal que tenian : las instituciones municipales sucumben : pero por el pronto Roma no les concede ni sus leyes, ni su organización, y ni siquiera pensó en crear instituciones nuevas.

No tardan sin embargo en aparecer disposiciones aisladas de caracter general que conceden instituciones públicas a otras ciudades. Luego Caracalla dá su célebre constitución otorgando el derecho de ciudadania a todos los súbditos del imperio, y en consecuencia pudieron acogerse ya al Derecho privado de la ciudad. Y asi llegó un momento en que todo lo

(1) FUSTEL DE COULANGES, *La ciudad antigua*, trad. de CELIS APARICIO, Madrid, 1920, pag. 516 y 517.

que formaba parte del imperio romano, desde España hasta el Eúfrates, constituyó verdaderamente un solo pueblo y un solo Estado. « Todos los habitantes eran igualmente romanos, y solo hubo un nombre, una sola patria, un solo gobierno y un solo Derecho » (1).

En este proceso de unificación social la ley heraclense representa un elemento de bastante importancia. Muchas de sus disposiciones son de caracter general y tienden a ser un modelo comun con pocas excepciones. Esta ley juntamente con otras que se dieron en las postrimerias de la república (*Plauta Papiria, Rubria, etc.*) comenzaron la obra de romanización, que seguida por los emperadores dió por resultado la formación de un Estado universal, acontociendo una transformación paralela a la que sufrió el Derecho privado, convirtiéndose de Derecho de ciudad en Derecho universal.

La funcion de la ley Julia municipal en las transformaciones generales del pueblo romano parece referirse solamente al Derecho público pero esto era lo principal en el cambio : la unificación jurídica privada fué una consecuencia.

Sistematización de la « Lex Julia Municipalis ».

Los preceptos de la « lex Julia municipalis » se refieren casi unicamente a materias que hoy comprendemos en Derecho administrativo.

En cuanto al resto del Derecho público no tiene la ley mas que algunas referencias relacionadas muy directamente con lo administrativo que pueden reducirse a pequeñas manifestaciones respecto al sacerdocio (2), prerrogativas consu-

(1) Fustel de Coulanges, *Loc. Cit.*, pag. 532 y 533.

(2) Dice la ley (125-134) que los carros que conduzcan a virgenes Vestales, rey de lo sagrado y flamines pueden pasar de dia por la ciudad, cosa permitida en pocos casos como se ve en el texto. Esto es realmente una referencia al Derecho público, puesto que este comprendió tambien al sacerdocio : « ...in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit » (D. I, 1, 1, 2). La excepcion y el privilegio a estos representantes de lo sagrado se funda en la

lares (1), Senado (2) y Comicios (3): y algo de Derecho penal en un aspecto muy circunscripto puesto que solo hace mención de ciertas penas pecuniarias que tambien tienen caracter administrativo (4).

Referente al Derecho privado tampoco hay en la ley Julia mas que pequeños preceptos de detalle y en relación muy directa con lo administrativo (5).

---

importancia que el sacerdocio tuvo en la organizacion del pueblo romano, aun cuando estos honores que la ley concede, puede decirse que, ya son los ultimos vestigios de la influencia sacerdotal.

(1) La ley invoca algunas prerrogativas (1-5,...) pero son mas bien administrativas que politicas y por eso en el texto las enunciaremos.

(2) Tambien hace la ley referencia al Senado de los decuriones (181, 221, 230,...), Senado local o curia derivación de aquel gran Senado, corporacion de optimates con altas atribuciones para el gobierno del pueblo romano. Los inscriptos como senadores podian hablar y votar siempre que no estuvieran en circunstancias que la ley dice y que en el texto veremos por que son reglas que pueden tambien considerarse como administrativas.

(3) Aunque con caracter local la ley Julia tambien enuncia los comicios (279) y la votación (275), pero nada más.

(4) La ley no estableco como corrección a las infracciones mas que multas: leyendo los párrafos en que constan se percibe claramente su caracter administrativo y por tanto tambien las inidicaremos en el texto.

(5) La ley Julia no contiene de Derecho privado mas que algunos preceptos relativos a facilitar la capacidad, y otros pocos referentes a contratos. Las declaraciones que hayan de ser hechas para los efectos e esa ley debian ser personales: pero autoriza al que cuida de los negocios de otro que este ausente, para declarar por él (1-5): probablemente esta concesión se referirá tanto al curador como al gestor de negocios, como al mandatario, ya que las tres instituciones existian al tiempo de la ley Julia. Igualmente se refiere la ley a que, si quienes deben declarar son pupilos, el tutor es el que declarará (6-10). Se trata pues de pequeñas ampliaciones de las facultades de aquellos que representan a otros. En cuanto a contratos algo hay tambien en la ley: en las lineas comprendidas entre la 65 y 92 hay un contrato administrativo aunque en la técnica romana no se trata mas que de una « locatio conductio operarum »: pero de esto nos ocuparemos en el texto. Hay tambien en la ley Julia consecuencias o efectos juridicos de determinados hechos realizados en el Derecho privado que se traducen en la dificultad para el ejercicio de algunos actos de las funciones municipales: el no poder pagar a los sponsores, infraccion de la ley Pletoria, condenacion por dolo malo en la tutela, mandato, etc. (227-248). Tambien se ocupa la ley Julia de la enfiteusis y arrendamiento: no para afectar directamente a las instituciones, sino para indicar que en nada innova el contrato, y que lo que el censor u otro magistrado hubiere mandado en concepto de vectigal u otros tributos por arrendamiento sigue vigente (153-160): los preceptos son poco precisos y de tecnicismo incipiente.

Las disposiciones de la ley no son susceptibles de perfecta sistematización : primero, por que todo lo administrativo es de ordenación dificil, y después, por que los preceptos son parciales y no representan mas que porciones de una organización amplísima.

Por eso nos conformaremos con una relativa sistematización que en algo recuerda a las distribuciones actuales de lo administrativo, ocupándonos, primero, de los preceptos que pueden referirse a lo que hoy llamamos « organización administrativa », y después, de aquellos otros que entrañan la idea genérica de lo administrativo, « aplicar medios a fines », o como mas modernamente se dice, funciones administrativas.

Organizacion administrativa.

La ley en este punto hace referencia al territorio, a ciertos nûcleos sociales y a varias magistraturas.

TERRITORIO. — La urbe y los mil pasos que constituyeron el primer nucleo del territorio romano estan distinguidos y enunciados varias veces en la ley Julia : « in urbem Romam, propiusve urbem Romam passus M", **40**, **54–55**, **104**, **130**, etc., refiriéndose a la jurisdicción de los ediles sobre las calles de Roma y vias pûblicas situadas dentro de los mil pasos (1).

La ley muestra la rigidez de sus ordenes para el tránsito por el interior de Roma (con especialísimas excepciones) **114–124**,

(1) La superficie comprendida entre los muros de la ciudad y las primeras piedras miliarias se denominó « pomerium » (Aulo Gelio, *Noches Aticas*, trad. de F. Navarro, Madrid, 1890, XIII, 14), voz que generalizada por la costumbre abarcó tambien la ciudad amurallada y el espacio dentro de los mil pasos o circuito metropolitano. De aqui vinieron las frases « pomerium » y « extrapomerium » para significar dentro y fuera de Roma. Esta division territorial tuvo gran importancia : los Consules ejercian sus funciones en tiempo de paz « intra pomerium » y declarada la guerra intervenian « extra pomerium » : y el regimen administrativo se extiende mas o menos segun el territorio.

extiende sus preceptos en cuanto a vias públicas dentro de los mil pasos **40–59**, y muestra como, fuera de este circuito, hay otros municipios, colonias y prefecturas **174–332** que naturalmente obedecen a su propio régimen, aunque ya para unos y otros dá la ley normas generales.

Se infiere de esto una división en tres partes :

1º Territorio de la ciudad : superficie comprendida dentro de los muros que circundaban a Roma.

2º Territorio *intra pomerium* : superficie situada entre los muros de Roma y las primeras piedras miliarias.

3º Territorio *extra pomerium* : superficie fuera de las piedras miliarias.

Esta demarcación perduró varios siglos con transcendencia jurídica (1).

NUCLEOS SOCIALES. — La ley Julia enumera varias veces a los municipios, colonias, prefecturas, foros, y juntas de ciudadanos **174**, **187**, **227**, **266**, **285**, &. : pero apenas si hace otra cosa que enumerarlos.

Sin embargo la ley es « municipal » y toda ella a los municipios se refiere : tambien en buena parte a los otros nucleos.

Los municipios eran ciudades libres que gozaron mucho tiempo de autonomia no obstante su union con Roma. Pero los poderes centrales a medida que se hacen mas fuertes se hacen tambien mas absorbentes, y Roma no dejó siempre a sus ciudades en la primitiva libertad. La ley Julia muestra ya un momento culminante de la unificacion y centralización : ya muchos de sus preceptos se refieren a los municipios, prefecturas, etc. en general : no solo a Roma : aunque en algunos detalles a ella unicamente se dirigen. Pero no es aun el momento

(1) Naturalmente no es esta la unica demarcación administrativa que existió, pero la ley Julia no habla de otras : es ley esencialmente municipal : sin que esto deba conducir a ver en ella administracion central y local : este problema en la ley Julia no está claro, como no lo estaba en la sociedad de entonces.

definitivo de la unificación. La misma ley muestra que todavia hubo leyes especiales y aun costumbres locales respetadas para algunos municipios **333-342**.

Por lo demas, los municipios tuvieron sus comicios, y su senado de decuriones que intervenia en aquellos asuntos de importancia que no incumbian a los magistrados ; pero todo fué perdiendo su vigor al pasar del Estado ciudad al Estado universal (1).

Las colonias, a las cuales tambien alcanzan muchas disposiciones de la ley, fueron agregación de familias establecidas en un lugar con arreglo a ordenanzas que se titulaban « lex coloniae » : su organización era semejante a la del municipio de Roma (2).

Al lado de las colonias cita la ley Julia igualmente las prefecturas, ciudades libres gobernadas por magistrados superiores enviados de Roma, « prefectus iure dicundu ». Conservaban sus instituciones a semejanza de los municipios, pero no tenian magistrados propios (3). Tambien a estas ciudades alcanzan las reglas de la ley en muchos puntos.

MAGISTRATURA. — La ley Julia no crea nuevos magistrados : se sirve de los que entonces existian. Nada o muy poco diremos de ellos limitándonos estrictamente a los detalles que la ley proporciona. Estos pueden referirse, de una parte, a la magistratura en general, y de otra, a cada especie de magistrados.

A. *Magistratura en general.* — Aparece en la ley lo que es comunmente sabido : que el magistrado tiene un poder que no tienen los otros ciudadanos, « magis potest » « potestas »

(1) Ya en tiempos de Julio Cesar, Italia habia adquirido la ciudadania mediante las leyes Julia y *Plautiae Papiriae* (a. 664 y 665 de Roma) : Landucci, *Storia del Diritto romano...*, Padova, 1895-98, pag. 619.

(2) Aulo Gelio, *N. A.*, XVI, 13.

(3) Festo. E libris de verborum significatu : « Praefecturae ». Bruns, *Fontes, Scriptores*, pag. 26.

105, **302**, y que la magistratura es cargo de honor « ex quo honore » **289**, de duración limitada **49–50**, y a veces colegiado; cabe interpretar así a los duumviros y cuatorviros y algunas disposiciones referentes a ediles que veremos mas adelante.

El rigor de la jerarquia aparece tambien en la ley: la supremacia confirió las funciones mayores al investido de maxima autoridad **301** y la subordinación estableció la sustitución de los magistrados superiores por los inferiores **11–23**, y señaló las relaciones entre los magistrados para el mejor ejercicio de sus cargos **67–68**.

La ley dispone que los magistrados dividan los asuntos y lugares para facilitar las funciones administrativas: esto se hacia por sorteo **53**.

Señala la ley algunas prerrogativas de los magistrados: podian llevar consigo, en los lugares públicos, copistas y secretarios que les facilitasen el ejercicio de la potestad ejecutiva **167–170**. La jurisdiccion gubernativa facultó a los magistrados para recibir declaraciones de bienes **1–23**, encargar servicios y obras **65–76**, cobrar multas para el pueblo **224–226**, **264–265**, **296–298**, ... nombrar decuriones **174–185** y publicar edictos y carteles **24–32**, **312–313**.

Y tambien manifiesta ciertas obligaciones exigidas por la naturaleza del cargo y por el decoro profesional: tales como, no pedir ni gestionar para obtener la magistratura **289–290**, residir en la ciudad donde ejerza sus funciones **1–22**, prohibir que los ciudadanos voten o deliberen con dolo malo **274–278**, prohibir igualmente que el Senado y los decuriones organicen banquetes y juegos públicos con dolo malo **281–284**, y prohibir espectáculos y convites en lugares destinados el ejercicio de la magistratura **290-293**.

No podian ejercer magistratura ni pronunciar sentencia ni ser senadores ni decuriones los que hicieren o hubieren hecho de pregonero o de enterrador **196–204**, **218–224**.

B. *Magistratura en especial.* — Se refiere la ley a las siguientes :

Cónsules. — Entre las atribuciones administrativas que tuvieron figura en la ley Julia esta : los ciudadanos declaraban a los efectos de la misma ante el consul, el cual publicaba en el Foro, inscripto en tablas blancas, el nombre familiar, lo manifestado y la fecha, para que facilmente pudiera divulgarse **1–31.**

Pretor urbano. — Ejerciendo la « custodia urbis » reemplazó a los consules ausentes, y recibia las declaraciones de los ciudadanos **11–16.**

Pretor peregrino. — Fué creado unicamente para declarar el Derecho entre peregrinos. Pero la ley Julia dice que tambien puede recibir las declaraciones de los ciudadanos en ausencia del pretor urbano **11–16.**

Tribunos plebeyos. — Su importancia está evidenciada en la ley Julia al autorizarles para recibir las declaraciones a que aluden sus primeros capítulos, cuando no estuvieran en Roma ni consules ni pretores **17–23.**

Ediles. — Dos ediles plebeyos y dos curules formaron un colegio de cuatro ediles que dividió por sorteo la ciudad en cuatro regiones para el mejor ejercicio de sus funciones **52–53.** Incumbencia de los ediles fué, segun la ley Julia, la policia de la ciudad, que comprendía lo siguiente : la limpieza y arreglo de las calles y caminos **40–59**, conservación de la parte media de las calles entre edificios sagrados, públicos y privados **60–64**, vigilancia de la parte de calle lindante con los edificios particulares, para, en caso de descuido, denunciar al propietario y nombrar un procurador que se encargue de la conservación de la calle pagando el propietario una cantidad proporciona la la longitud de la misma delante del edificio y del ancho del mismo **65-84**, y conservación con piedras firmes y perpetuas de las sendas entre construcciones **109–113**. Aunque no de modo tan explícito figura tambien en la ley Julia la intervencion de

los ediles en el reparto de trigo y en la persecucion de juegos y espectáculos los dias que no son lícitos **33**, **161–166**.

Cuestores. — En tiempos de Cesar los cuestores, ademas de otras atribuciones, administraban el aerarium : « per questorem urbanum eumve quei aerario praerit » **75–76**. El cuestor publicaba en el foro el nombre del procurador encargado de la conservacion de la calle abandonada por el propietario del edificio colindante : e inscribia igualmente en las tablas públicas la cantidad señalada para ese objeto **75–101**.

Duumviros y cuadruumviros. — Eran magistrados que subordinados a los ediles, cuidaban de la limpieza y buen estado de las calles (1). Los cuadruumviros tenian esa obligacion dentro de Roma, « vieis in urbem purgandeis » **102** : los duumviros en el terreno comprendido entre los muros de la ciudad y las primeras piedras miliarias, « vieis extra propiusve urbem Romam passus M purgandeis » **103–104**.

Este por lo que toca a Roma, pues los duumviros y cuadruumviros tenian en los demas municipios funciones muy distintas y de mayor importancia.

Generalmente habia en cada municipio dos magistrados que administraban justicia y representaban el poder ejecutivo, llamados duumviros, y dos ediles con funciones parecidas á las de los de Roma. Los cuatro magistrados recibian en ocasiones el nombre de cuadruumviros (2).

Los cuadruumviros, elegidos de entre los decuriones en los comicios locales, fueron en los municipios y colonias los presidentes del gobierno, jurando antes por Jupiter y los emperadores no vulnerar la ley municipal (3).

Según la ley Julia pertenecia a duumviros y cuadruum-

(1) MOMMSEN, *D. P. R.*, pag. 313, vol. IV.

(2) Asi lo demostro ZUMPT en sus Comm. epig. I, *De quatuorvirism municipalibus*, pag. 161 y sigs. : cit. por RODRIGUEZ DE BERLANGA, *Los bronces de Osuna*, Malaga, 1873, pag. 95.

(3) *Lex Salpensana*, cap. 26. *Lex Malacitana*, cap. 59.

viros : presidir asambleas locales **205–270** : impedir el dolo y las malas costumbres **274–284** : y hacer el censo local en los sesenta dias siguientes al del conocimiento de la formación del censo de Roma **299–328**.

No podian ser duumviros ni cuadruumviros los menores de treinta años que no hubieran cumplido con el servicio militar **186–196, 205–218** (1), y los que hubieran desempeñado los cargos de pregonero y enterrador **196–204, 218–224**.

Censores. — La ley Julia respeta las atribuciones de los censores-magistrados encargados del censo y de velar por la pureza de las buenas costumbres — en la designación de los lugares que habian de habitar y usar los siervos públicos **171–173**, y en la imposición de tributos en concepto de utilidades por contratos de enfiteusis y arrendamientos **150–160.**

Administración.

La ley se ocupa muy directamente del censo y de policia urbana : de un modo indirecto se refiere a hacienda pública, milicia y contratos administrativos.

POBLACION. — El censo es antiguo en Roma : se atribuye su fundación a Servio Tulio, y prerrogativa real fué su formación. En la república los consules son quienes lo hacian hasta que en 311 de Roma fueron creados los censores. Aumentado el territorio por las conquistas fué preciso tomar los datos de municipios y colonias para formar el censo del orbe romano : y fueron creados los censos locales.

La ley Julia indica la manera de formar el censo en los municipios colonias y prefecturas de Italia **299–328**. Sus preceptos comprenden estos puntos esenciales :

(1) La ley « Villia annalis » del 574, dispuso que fuera condición para obtener una magistratura, haber servido diez años en el ejército o haberse ofrecido a la prestación de este servicio. Los historiadores suponen que en tiempos de Sila se prescindió de este requisito : pero ya se ve como la ley Julia municipal lo conserva por lo menos para esas magistraturas.

Magistrado competente. — La formación del censo incumbe al magistrado investido de máxima autoridad **302**. En los municipios a los duumviros, en las prefecturas al prefecto.

Tiempo. — Se subordina al del censo de Roma. El censo local debia hacerse en los sesenta dias proximos a aquel en que cada censor local conociera la terminacion del censo de Roma **302–306**.

Inscriptos. — Figuraban en el censo local los ciudadanos romanos residentes en cualquier municipio colonia o prefectura **305–306**.

La ley no modifica lo estatuido anteriormente respecto al que tenga domicilio en varios municipios prefecturas o colonias y esté inscripto en el censo de Roma : pero ordena sea inscripto tambien en el censo de esos domicilios **329–332** (1).

Inscripción. — Debia constar en ella : el nombre individual : el familiar y el complementario (*praenonem*, *nomen y cognomem*) : ademas los nombres de los progenitores, su tribu, sus patronos, edad y relación del caudal con arreglo a las normas del censo (« ex formula census ») **306–310** (2).

Juramento. — Al declarar el ciudadano debia hacer el juramento con las palabras usadas en Roma **310–311** (3).

Publicación local. — El censo debia ponerse de manifiesto en las tablas públicas del municipio **312–313**.

Envio del Censo a Roma. — Los libros del censo debian enviarse a los censores de Roma con los mismos emisarios encargados de llevar las consultas a la metrópoli **309–316**.

---

(1) Las costumbres romanas admitian, unidad de ciudad y pluralidad de domicilio. Por la unidad « duarum civitatum civis... nemo potest (CICERON, *Œuvres*, vol. III, pag. 159). La pluralidad consta en el Codigo de Justiniano, X, 38, 5.

(2) La fórmula del censo fué un edicto publicado por los censores al comenzar el ejercicio de su cargo. WILLEMS, *Le droit public romain*, Louvain 1880, pag. 278.

(3) Vease tambien AULO GELIO, *N. A.*, IV, 20.

Publicación en Roma. — El censor de Roma recibirá sin dolo malo en los cinco dias próximos a la llegada de los emisarios las listas y las transcribirá en el mismo lugar que las demas tablas del censo **320–328** (1).

Corrección. — El que hacia el censo debía cuidar de que si los declarantes omitian algo lo manifestasen con amplitud en el plazo de sesenta dias para completarlo **316–320**.

POLICIA URBANA. — Pueden referirse las reglas que figuran en la ley Julia a la conservación de calles y vias, a limitaciones de tránsito y a beneficencia.

Conservación de calles. — La ley impone, con respecto a este punto, obligaciones a los habitantes, y a los ediles y cuadruumviros **40–152**.

El habitante cuidará de que en la calle que esté contigua a su casa no haya aguas estancadas **40–48**. En ocasiones los ciudadanos podian ser redimidos de conservar la calle (que es obligación mucho mas amplia que la anterior) pagando cierta cantidad fijada por el cuestor **96–101**. Tambien cuidará el que tenga senda entre edificios de conservarla con piedras firmes y perpetuas **109–113**.

Los ediles cuidarán de reparar y empedrar las calles **49–59**, denunciarán al habitante que descuide la calle cercana a su casa **65-92** nombrando un procurador que se encargue de ella, y cuidará de encargar que la parte media de la calle correspondiente a lugares o edificios sagrados o públicos esté bien conservada **60–64**. Procurará tambien obligar a los ciudadanos a la conservacion de las sendas entre edificios con piedras firmes y perpetuas **109–113**, y por que los pórticos y lugares públicos permanezcan abiertos y limpios de ruinas y de animales sacrificados **140–152**.

---

(1) Los censores hacian el censo en el Campo de Marte, donde existia la villa pública que según VARRON era un paraje destinado a funciones relativas al gobierno de Roma. Las tablas del censo eran guardadas en los archivos de los censores, quedando copia en el erario.

A los cuadruumviros encarga la ley la limpieza de las calles de Roma y a los duumviros las de los arrabales **102–108**.

Limitacion del tránsito. — Después de las calendas de enero desde la salida del sol hasta las diez del dia no será lícito, dice el texto, conducir carros por calles habitadas de Roma **114–119**.

Será permitido conducir carros : *a)* con destino a construcciones públicas, edificios sagrados y extracción de escombros **119–124** : *b)* por ostentación, las carrozas de las vírgenes vestales, de los flamines y del rey de lo sagrado, las carrozas de triunfo y las de los juegos públicos y luchas circenses **125–134** : *c)* para faenas agrícolas los carros tirados por bueyes o caballerias para transportar estiercol siempre que fueran introducidos de noche en la ciudad y el tráfico se hiciese en las horas determinadas.

Beneficencia. — Los ediles y magistrados inferiores ejercian la beneficencia repartiendo trigo a los necesitados. Los que poseian bienes figuraban en las tablas blancas **1–32**, estando prohibido a los magistrados dar trigo a los inscriptos en ellas.

Espectáculos. — La ley no prohibe que se hagan juegos en Roma y los mil pasos los dias en que son licitos : y el que quiera puede poner en lugar público el teatro o escena que sea propio de los juegos que realice **161–226**.

VIDA PUBLICA CORPORATIVA. — La ley Julia quiso purificar costumbres y dió preceptos tan sabios como los que siguen en orden principalmente a vida corporativa pública :

No podrá hablar ni votar el ciudadano o decurion de municipio, prefectura, colonia o asamblea, afectado por alguna de estas circunstancias **227–284** :

1º Pacto o condena por causa de hurto.

2º Condena por injurias o dolo en sociedad, tutela o mandato.

3º Condena por infracción de la ley Pletoria (1).

4º Venta de la vida para combatir.

5º Negación de bienes con perjurio ante magistrado.

6º Declaración de no poder pagar a sponsores y acreedores.

7º Pacto con fiadores y acreedores de no saldar las deudas completamente.

8º Condena en Roma, por juicio público acerca de actos ilícitos en Italia, mientras no fuera completamente rehabilitada su publica estimaciôn.

9º Condena por juicio público en la localidad.

10º Acusación calumniosa de prevaricación rebatida y condenada en juicio.

11º Expulsion del ejército por orden del general a causa de ignominia.

12º Expulsion del ejército por causa de ignominia mediante procedimiento.

13º Premio, dinero o recompensa por dar muerte a un ciudadano.

14º Ganancia mediante prostitucion.

15º Inducción a tratos lascivos.

16º Profesión de cômico o de maestro de gladiadores.

17º Hablar ni votar condiciosamente para que no se diga que tiene dolo malo.

18º Hablar o votar con dolo malo.

Los magistrados locales (2) no podian elegir, sustituir,

---

(1) Era la ley Pletoria la que protegia a los menores de 25 años. Según KARLOWA puedo obtenerse de este precepto un argumento a favor de la existencia simultanea de una accion pública y de una civil para la ley Pletoria: *Römische Zivilprozess zur Zeit der «legis actiones»*: 1872, pag. 352-353, cit. por GIRARD, *Textes*, pag. 71.

(2) A juicio de MAZZOCCHI la ley se refiere, al decir magistrados, a los duumviros y cuadruumviros (*Comment.* v. 144, p. 454). MAREZOLL y DIRKSEN no aceptan esta opinion y creen que el pleito de indignidad sobre los condenados se encomendó solo a los duumviros. ZUMPT, tambien lo cree asi. (MAREZOLL, parte V, 142-158, p. 152. DIRKSEN, 68-69). Parece ser que esta opinión se robustece con lo que se desprende de los bronces de Osuna que expresamente lo encomendaba al duumviro.

admitir ni proponer decuriones mas que para reemplazar a los muertos y a los condenados **174–185** (1).

HACIENDA PUBLICA. — La ley hace referencia a lo siguiente :

Tributación y otros ingresos. — Los ciudadanos gozaban del « ius tributi » y es indudable que las declaraciones ante los magistrados a que alude la ley Julia **1–32**. y aun las inscripciones del censo **299–328** fueron medios eficaces para conocer la riqueza privada como base contributiva.

La ley no habla de los tributos llamados « portarium », « decumae », « scripturae », « vicesima manumissionum » muy fundamentales en la hacienda romana : la ley solo se refiere a el vectigal y otros tributos pagados por usar y disfrutar un fundo del municipio **65–101** y a multas que han de ser pagadas al pueblo por infraccion de la ley **36–39**, **202–204**, etc.

Gastos públicos. — Del texto de la ley Julia puede inducirse la existencia de los siguientes :

1º Conservación y vigilancia de las calles **49–64**.

2º Culto público y colegios sacerdotales **125–134**.

3º Ejercicios militares en provincias y en campamentos **190–192**, **211–213**.

4º Juegos públicos **125–134**.

5º Funcionarios **167–170**.

6º Beneficencia **33–39**.

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. — En la ideologia romana la contratación es siempre de Derecho privado. Pero pensando a la moderna los encargos a que la ley Julia alude para conservar calles son un verdadero contrato administrativo. Mientras el contrato se hace entre dos particulares, privado es ; pero en cuanto la autoridad interviene como

(1) Los preceptos que la ley Julia municipal dá sobre los decuriones son bien distintos de los que luego dió el Codigo teodosiano (XII, 1).

parte ya puede decirse administrativo (1). El contrato que aparece en la ley Julia es el que se denominó en el Derecho imperial « locatio conductio operarum ».

La ley Julia habla de esto con alguna extension pero no con mucha claridad **65–92**. Puede entreverse que se trata de un contrato hecho por el edil con aquel que ha de realizar el trabajo de limpieza o cuidado de la calle cuando el proprietario a quien correspondiese ese cuidado, con relacion a la situada frente a su edificio, no lo hiciere.

Los contratantes eran el trabajador y el edil : el objeto del contrato, siempre el cuidado y limpieza de la via pública : y la forma parece que tenia que ser manifiesta, en el foro y por medio del cuestor urbano, previo anuncio con diez dias de antelación.

La remuneración debia ser fijada entre las partes y tenia que ser inscrita su cuantia en las tablas públicas.

El contrato toma un matiz especial al representárnoslo como un medio que la ley dá para que las calles esten siempre bien cuidadas. Que el dueño de un edificio no quiere cooperar a ello proporcionalmente a la longitud del mismo? ; no importa : el edil celebra el contrato en cuestión y la remuneración del que trabaja correrá de cuenta del propietario del edificio. Esta es la particularidad.

Si el propietario u obligado al cuidado de la calle no quisiera pagar la cantidad asignada, la ley autoriza para que se le exija integra, y una mitad mas, por la via judicial.

MILICIA. — Solo hace la ley pequeñas referencias. Considera haber cumplido el servicio militar, come requisito esencial para el ejercicio de la magistratura **186–196**, **205–218**.

En los comienzos de la república habia dos legiones para cada consul. Las necesidades bélicas aumentaron las legiones : la ley Julia menciona la legion tercera de caballeria y la sexta de infanteria.

(1) En realidad este problema es mucho mas complejo.

La milicia era un derecho y un deber ; y parece que habia cierta amplitud para elegir legion. Cada ciudadano podia alistarse con arreglo a leyes y tratados en las legiones romanas o en las tropas aliadas, cuidando la ley de no proceder contra su voluntad para que no estuviese con desagrado **195, 214–218.**

Los malvados eran separados de la milicia por causa de ignominia **255.**

INFRACCIONES Y MULTAS. — La ley Julia estableció multas para castigar las infracciones que de ellas se hicieran : por consiguiente perteneció a la categoria de leyes « minus quam perfectas » en la clasificación hecha por los jurisconsultos romanos desde el punto de vista de la sanción.

He aqui las establecidas :

Cincuenta sextercios por cada modio de trigo, por el que tome trigo contra lo mandado para la distribución **37–39** (1).

Cincuenta mil sextercios por el que tenga magistratura municipal sin haber hecho el servicio militar o se hubiera dedicado a lo que causa inferioridad ante las costumbres romanas, etc. **202–204.**

Cincuenta mil sextercios por el que pida o gestione cargo municipal o este dedicado a ocupación inferior, etc. **224–226.**

Cincuenta mil sextercios al que hable o vote ante Senado municipal habiendo sido condenado por actos afrentosos o cometido hechos infamantes, etc. **263–265.**

Y cincuenta mil sextercios al que pida magistratura municipal o consienta juegos o luchas en lugar senatorio, etc. **296-298** (2).

CARLOS SANCHEZ PEGUERO.

(1) Modio, medida principal para el trigo equivalente a un tercio de anfora o pie cubico romano : WILLEMS, *ob. cit.*, pag. 345.

(2) En todos estos textos aparece la voz « petitio » : en otras leyes de la misma epoca se lee ademas « actio » y « persecutio ». Las tres palabras hacen referencia a la accion pública civil que correspondia a cualquier colono para reclamar y hacer efectivas determinadas responsabilidades pecuniarias que debian ingresar en el erario. V. RODRIGUEZ DE BERLANGA, *loc. cit.*, pag. 115 y 116. La ley Julia concede pues ese derecho.

ZUM WILLENSPROBLEM IM RÖMISCHEN RECHT

PAR

P. von SOKOLOWSKI

PROFESSEUR A L'INSTITUT HERDER (RIGA).

ZUM WILLENSPROBLEM IM RÖMISCHEN RECHT

Im Osten des europäischen Kontinents hat sich nach dem Weltkriege eine Umgestaltung aller menschlichen Beziehungen vollzogen. Russland, welches bisher dahin strebte sich die Rechtsauffassung des Westens anzueignen und eine Gleichstellung mit den grossen Kulturnationen zu gewinnen, hat sich von diesen Ueberlieferungen losgesagt und, wie schon in früheren Zeiten, sein Gesicht wieder dem Osten zugewandt. Orientalische Bedürfnisslosigkeit und Trägheit erzeugten unter dem Einfluss des extremsten europäischen Radikalismus einen gesellschaftlichen Zustand wie ihn noch kein Volk zu keiner Zeit geschaut hat. Den Ausgangspunkt dieser neuen socialen Ordnung bildet die Ablehnung jedes individuellen Rechts und aller von jeher geschaffenen Verkehrsregeln. Die hierauf gegründete Räteverfassung greift bereits weit über die Gränzen Russlands hinaus. Schon sind die ehedem russischen Territorien der sog. Randstaaten in ihren Bann gezogen. Auch hier hat sich eine Ordnung festgesetzt, die zunächst zwar noch keine sofortige Beseitigung der Rechtsstellung des Einzelnen fordert, wohl aber auf eine allmählige Auflösung des bürgerlichen Rechts hinarbeitet. Durch willkürliche Enteignung des Besitzes unter dem Vorwande von Agrarreformen ist die Souveränität des Eigentums zerstört. Mit Hast und Leichtigkeit geschaffene Gesetze unterwühlen die Sicherheit des Vertragsrechts. Zögernd und zweifelnd steht der Westen dieser Strömung gegenüber. Niemand wagt es der Gefahr ins Auge zu sehen und wo entschlossener Kampf geboten erscheint, wird Verständigung gesucht. Wie können aber Verträge bestehen,

wenn die erste Voraussetzung hierfür die gleiche sittliche Weltanschauung mangelt?

Die Grundidee jener neuen Ordnung ist nicht im Orient entstanden, sie stammt aus der atomistischen Lehre des modernen europäischen Materialismus, der seine uralten Anfänge noch bei Demokrit hat. Diese heute durch die Forschungen der physikalischen Chemie und Biologie wieder einmal angefochtene Theorie vertritt noch immer die Einheit und Gleichheit der Atome in sich und unter einander und übertrug den Atomismus auf das sittliche Gebiet der Willenskraft. Der einzelne Mensch stellt darnach keine psychische Individualität dar, er ist nur ein Willensatom, welches sich im socialen Leben mit anderen gleichartigen Atomen zu Gruppen verbindet. Auch die Staaten sollen hierdurch entstehen, aber unter dem Druck oder Anstoss anderer Atomverbände können zu jeder Zeit tiefgreifende Aenderungen vor sich gehen, da das dynamische Willensprincip sich in ununterbrochener Wandlung bewegt und keinen festen Zustand aufkommen lässt. Jede sociale Ordnung ist bedroht durch immer von neuem sich bildende Willenscombinationen. Diese ununterbrochene Bewegung gestattet es grundsätzlich nicht, dass sich um das einzelne Individuum zu seinem Nutzen eine ständige Sphäre von Rechten bilde. Es gibt keine « persona », keine « utilitas singulorum », da nach dem angeblichen Naturgesetz kein Atom von dem anderen unterschieden werden kann, das einzelne Atom nichts bedeutet und nur durch Gruppenbildung etwas erzeugt wird.

Dass jede gesellschaftliche und staatliche Ordnung eine Schöpfung des menschlichen Willens sei, gilt heute und von jeher als selbstverständlich. Unter dem Einfluss individualistischer, privatrechtlicher Anschauungen stellte man sich bisher diesen Willen als Vertragswillen vor, der entweder durch eine entsprechende Erklärung oder stillschweigend zum Ausdruck gelangen sollte. Diese Willenstheorie ist aber keineswegs immer herrschend gewesen, denn der antiken

Kultur ist der Wille als sittliche, dynamische Potenz garnicht zum Bewusstsein gekommen (1).

Die Auffassung von der Gesellschaft, vom Staat und Recht ist immer durch die zeitweilig herrschenden religiösen oder naturwissenschaftlichen Lehren bestimmt worden. Keine sociale Ordnung kann bestehen ohne den Glauben an ihre Notwendigkeit, dieser aber entspringt aus den beiden stärksten Glaubensquellen — dem religiösen Bewusstsein und der sog. exacten Wissenschaft. Je nach dem Geiste und der Richtung der Epoche wird die eine oder die andere Glaubensmacht das Feld behaupten. Zwischen dem Atomismus von heute und den socialen wie rechtlichen Auffassungen der antiken Welt besteht die Uebereinstimmung, dass beide sich auf die zur Zeit herrschenden Naturlehren stützen und von religiösen Momenten absehen.

Den römischen Philosophen und Rechtslehrern galt *der Staat und das sociale Leben* der Menschen in ihm als durch Naturgesetz gegeben. Das Weltall dachte man sich als einen Staat aller Lebewesen (2) und für ihn war das jus naturale massgebend. Der Familienverband, die Erziehung der Kinder galten nicht als etwas specifisch menschliches, da die Natur auch unter den Thieren sehr verzweigte Gemeinschaften entstehen lasse. Man denke nur an die Bienen, Ameisen, Störche u. dgl. (3). Heute wird eine solche Parallele zwischen menschlichem und thierischem Einigungstrieb nicht mehr aufrecht erhalten. Denn da Thierverbände, wie man annimmt, vom Willensprincip nicht geleitet werden, so bilden sie nichts den menschlichen Gemeinschaften analoges (4).

---

(1) Obgleich die Ethik aller antiken Philosophenschulen den Begriff des Willens nirgend hervorhebt, ja nicht einmal eine unserer Willensvorstellung entsprechende Terminologie besitzt, wird ihr von uns dennoch das Willensmoment als etwas selbstverständliches untergeschoben, ja es werden hieraus sogar Schlüsse gezogen. Das nähere darüber siehe unten.

(2) Statt anderer Cicero: *de finibus lib.* III. 64, I. 1 § 2. Dig. de just. et jure 1. 1.

(3) Cicero, *loc. cit.*

(4) Bergson: *L'évolution créatrice*, 1907. Cap. II.

Die Bildung des Staates wie das Leben in ihm hängt nach der antiken Auffassung garnicht vom Willen des Menschen ab, es handelt sich hier um einen natürlichen Zustand oder status, in den der Mensch hineingeboren ist, sogut wie die Biene oder Ameise in ihren Schwarm. Alle menschlichen Staatswesen stimmen hinsichtlich gewisser Principien, welche das jus gentium zusammenfasst, mit einander überein, während das jus civile die Eigentümlichkeiten jedes Staates im besonderen festsetzt (1). Auf diesem durch die Natur gegebenen status beruht nach römischer Auffassung auch die grundsätzliche Gleichstellung des Besitzes des Staates wie des einzelnen Bürgers am Territorium. Die Entstehung des Staates mit seinem Vermögen — der res publica — und des individuellen Eigentums — der res privata sind nach römischer Ueberlieferung scheinbar gleichzeitige und gleichwertige Vorgänge. Eine wiederholt erwähnte Sage berichtet, dass bei der Gründung des Gemeinwesens jedem Bürger viritim eine bestimmte Landparcelle als Erbgut zugewiesen worden sei. Der Gründung des Staates durch Eroberung folgt die Fundierung der privaten Gütersphäre unmittelbar auf dem Fuss und schon die ältesten römischen Gesetze kennen strenge öffentliche Formen für die Entstehung von Privatrechten am Grund und Boden (2). Diese res privata erscheint als ein ebenso notwendiger *natürlicher* Zustand (3), wie die res publica und jeder der beiden « status » hat seine entsprechende Rechtsordnung — das jus publicum und das jus privatum. Das alles sind von der Natur gegebene Tatsachen, welche mit der

(1) L. 1, § 4. Dig. de just. et jure 1. 1.

(2) Vergl. die bekannte Stelle bei VARRO : *de re rust.* I, 10, 2, ferner CICERO : *de re publica* lib. II. 14. Hier heisst es von Numa Pompilius : « Ac primum agros quos bello Romulus ceperat, divisit viritim civibus. » Cf. CORNIL : *Etude sur la publicité de la propriété dans le droit romain*, p. 39 ff.

(3) Die individuelle Rechtsphäre besteht gleichfalls kraft Naturgesetz. Daher gelten Diebstahl und Ehebruch « lege naturali » als verboten, sie sind « natura turpia ». L. 1, § 3. Dig. de furtis, 47, 2 und L. 42. Dig. de verb. signif. 50, 16.

menschlichen Willensherrschaft nichts zu tun haben. Nur vom antiken Gesichtspunkt aus, der den Willen als selbständige sittliche Macht noch nicht erkannt hatte, ist es zu verstehen, dass ein und dieselbe Person nach jus publicum als höchster Magistrat mit seinem unbeschränkten Willen die Geschicke des Staates lenkt und zugleich nach jus privatum als Haussohn gar keinen Willen mit rechtlicher Wirkung für sich äussern kann, sondern automatisch durch seine Handlungen auf die res privata seines Gewalthabers einwirkt. Er ist Herrscher und willensloses Werkzeug in einer Person, nicht seine sittliche Individualität ist entscheidend, sondern die Stellung, welche ihm der objective Status anweist, je nach ihm hat er zu derselben Zeit eine bis aufs höchste gesteigerte Willensmacht oder garkeine.

Der Umstand, dass die Willenspotenz als selbständiger, sittlicher Factor noch nicht entdeckt war, ist vor allem in der Entwickelung des römischen *Strafrechts* zu erkennen, auf einem Gebiet, wo wir sie heute am allerwenigsten entbehren können. Der Ausgangspunkt des antiken Strafrechts ist ganz objectivistisch. Wie auch im germanischen Recht wird zunächst nur die Tatsache des rechtsverletzenden Erfolges berücksichtigt. Die Störung des gesetzmässigen Status muss aus der Welt geschafft werden und zugleich alles was sie verursachte oder mit ihr im Zusammenhang stand. Dieses Ausgleichsverfahren konnte sich auch auf Thiere, ja selbst leblose Gegenstände erstrecken; dass daher auch Kinder jeden Alters von den Folgen der von ihnen verursachten Rechtsverletzungen betroffen wurden, galt als selbstverständlich (1). Ebenso war nach dem XII Tafelgesetz die strafrechtliche Behandlung der Sklaven eine unvermittelte, durch ihre

(1) So noch in den XII Tafeln VIII, 13, cf. Gellius noctes Att. II, 18, 8: pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ab his factam sarciri.

persönliche Verursachung des Delikts bedingte. Der Herr kam dann als verantwortliche Person nicht in Frage, selbst wenn er von der verbrecherischen Handlung Kenntniss gehabt hatte. Es gab noch kein subjectives Schuldmoment. Erst die viel spätere lex Aquilia liess den Sklaven hinter das Verschulden des Herren zurücktreten. Diesen Unterschied in der Auffassung heben die klassischen Rechtslehrer ausdrücklich hervor :

L. 2. § 1. Dig. de noxalibus act. 9. 4. Ulpianus libro 18 *ad edictum* : Celsus tamen *differentiam* facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum ; nam *in lege antiqua,* si servus sciente domino furtum fecit, vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis, ne dominus suo nomine tenetur ; at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi.

Bei folgerechter Durchführung des Schuldmoments haben spätere Juristen beide, den Sklaven wie den Herren, haftbar gemacht ; den Sklaven als Täter, den Herren als Anstifter oder Begünstiger des Delikts :

ibid. : sed si placeat, quod Julianus libro octogesimo sexto scribit, si servus furtum faxit, noxiamve nocuit, etiam ad posteriores leges pertinere, potuit dici, etiam servi nomine cum domino agi posse noxali judicio, ut, quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. Non autem secundum Julianum probavimus ; quae sententia habet rationem, et a Marcello apud Julianum probatur.

Die alte ausschliesslich objective Auffassung des delictischen Tatbestandes wurde überdies noch gestützt durch sacrale Gesichtspunkte. Die Sünde heischte Versöhnung der Götter, ihnen verfiel alles, was auch nur einen zufälligen Zusammenhang mit dem begangenen Frevel hatte.

Diese urwüchsige Behandlung des Delikts erfuhr durch die römische Rechtswissenschaft eine Umgestaltung und Ergänzung dank dem Einfluss, den die Philosophie, insbesondere die Ethik der Griechen, auf das römische Geistesleben übte. Die

sittliche Bedeutung der Persönlichkeit forderte eine selbständige Beurteilung und das Verständnis hierfür war bei den Römern vorbereitet durch den schon von altersher im Civilrecht entwickelten Begriff der persona. Es kommt nicht nur der objektive Tatbestand des Verbrechens in Betracht, sondern auch die Individualität desjenigen, der ihn herbeigeführt hat. Damit tritt das subjektive Schuldmoment in den Vordergrund und die mit ihm verbundene persönliche Verantwortung. In den griechischen Philosophenschulen war diese ethische Frage allseitig behandelt, es galt das hier gebotene praktisch für das Recht und den Staat zu verwerten. Trotz der anfangs und namentlich bei CICERO vorherrschenden eklektischen Tendenz hat doch schliesslich, insbesondere auf dem Gebiete der Ethik, der Stoicismus das Feld behauptet. Selbst die scheinbaren Einwände CICEROS gegen die Stoiker können uns nur in dieser Auffassung bestärken. Was die Stoiker als ihr Sittengesetz hinstellen, meint er, habe schon ARISTOTELES weit erschöpfender und vor allem klarer entwickelt; der Stoicismus habe gar keine eigenen Anschauungen besessen, sondern bereits gefundene Wahrheiten in eine unvollkommenere Fassung gekleidet (1). Hiermit wird die stoische Ethik nicht widerlegt, sondern geradezu, sei es auch mit einigen kritischen Bemerkungen, anerkannt. CICERO selbst bestätigt die grosse Verbreitung des Stoicismus im römischen Leben, ja wo er die angeblich von anderen vertretene stoische Lehre zusammenstellt, ist er weit klarer und bestimmter, als in seiner Polemik (2). Aber noch mächtiger und widerspruchsloser wirkte die Stoa in der folgenden Epoche des Principats. Ihre markantesten Vertreter sind VARRO, CORNUTUS, SENECA, MUSSONIUS, EPIKTET und endlich MARC AUREL. Es kann garnicht bezweifelt werden, dass auch die römische Rechtswissenschaft, als sie den Begriff des subjektiven Schuldmoments in das

(1) De finibus lib. IV, 3 sq., cf. lib. III, 41 sq.
(2) De finibus lib. III, 16 sq.

Strafrecht hineintrug, ganz unter dem Einfluss der stoischen Sittenlehre und Denkmethode gestanden hat.

Dem modernen Juristen gilt als Grundlage des subjektiven Schuldmoments der Wille und es wird von ihm als selbstverständlich angenommen, dass die antike Rechtswissenschaft den gleichen Standpunkt vertreten habe. Man übertrug ohne Bedenken unsere heutige Art zu empfinden auf Zeiten und Verhältnisse, welchen alle Voraussetzungen hierfür fehlten (1).

Wie in der Auffassung vom Staat, so ist auch auf dem Gebiete des Strafrechts der Wille als dynamische, sittliche Potenz der antiken Welt fremd. Zwar gewisse Funktionen der Willenskraft haben die Alten wargenommen und auch einen Ausdruck hierfür geprägt ; ähnlich wie sie die Elektricität beobachteten, ohne die ihr innewohnende Kraft auch nur zu ahnen. Aber eine sittliche Pflicht, die aus dem einheitlichen Willensprincip erwächst, gab es nicht. Nach dem Vorgang früherer Philosophenschulen verbindet auch der römische Stoicismus den Begriff der Tugend und Untugend nicht mit dem guten oder bösen Willen, sondern mit der geistigen Funktion des Wissens und Erkennens. Der Richtweg ist die uns von der Natur verliehene ratio oder διάνοια, ihr kommt die Aufgabe zu, die dem Menschen wie allen Lebewesen eigentümlichen Affekte oder Triebe — impetus oder ὁρμή — zu leiten und zu meistern. Der zügellose Trieb widerspricht dem Wesen

(1) Mommsen : *Römisches Strafrecht*, p. 85 ff. spricht schlechtweg vom gesetzwidrigen Willen ganz im modernen Sinn. Pernice : *Labeo*, Aufl. 2, B. II, p. 103 ff. vom « verbrecherischen Willen », indessen hat er bereits eine Unstimmigkeit wahrgenommen ; er findet, dass im römischen Recht der Begriff der Handlung niemals vollständig mit dem der Willensäusserungen « gleichgesetzt wurde », p. 124. Weil aber Pernice nicht nach den philosophischen Grundlagen gesucht hat, sind seine Ergebnisse ganz unsicher. Die Strafrechtslehrer schieben natürlich der antiken Denkweise das Willensprincip unter, so statt anderer Liszt : *Lehrbuch des deutchen Strafrechts*. 12 Aufl., p. 160. Er hat keinen Zweifel, dass, « das römische Recht unter dem Einfluss der griechischen Ethiker das entscheidende Gewicht auf den rechtswidrigen Willen gelegt habe ».

des Menschen, da er unmittelbar nach seinem Entstehen von der Vernunft beherrscht werden müsse, was freilich nicht immer gelinge. Alles kommt darauf an, dass die im Menschen wirksame Geisteskraft stark genug sei, um die Affekte zu zügeln. Daher wird jede Abweichung vom Pfade der Tugend hervorgerufen durch Mängel der geistigen Erkenntniss und alle Verwirrungen im sittlichen Tun und Verhalten entstehen durch fehlerhafte Urteile (1). Das stoische Sittengesetz entspringt nicht aus dem « guten Willen » EMANUEL KANTS, sondern aus der richtigen Erkenntniss unseres Tuns und seiner Wirkungen. Tugend ist Wissen, Laster- Unwissenheit (2).

Diese stoische Sittenlehre ist unbedingt. Die Tugend ist ein einheitlicher geistiger Begriff, sie kennt keine Abstufungen, zwischen ihr und dem Bösen giebt es keine Mittellage, keine Abschwächung oder Steigerung der Schuld. Entweder entspricht eine Handlung dem geistigen Princip der Tugend, oder sie läuft ihr zuwider, etwas mehr oder minder Verwerfliches wird nicht anerkannt (3). Solange der Mensch die volle Geisteskraft zur Beherrschung aller Triebe nicht erreicht hat, ist er schlecht, d. h. geistig und sittlich unentwickelt. Der gute Wille die Affekte zu beherrschen ist an sich ganz bedeutungslos und auch nicht mehr werth als der böse Wille,solange

---

(1) CICERO : *Tuscul*, IV, 7, 14, sed omnes perturbationes judicio censent fieri et opinione... opinationem autem volunt esse imbecillam assensionem. CICERO, *ibid* III, 11, 24 : est ergo causa omnis in opinione, nec vero aegritudinis solum, sed etiam reliquarum omnium perturbationum. CICERO : *de finibus* III, 10, 35 : perturbationes animorum, quae vitam insipientium miseram acerbamque reddunt... omnia ea sunt opiniones ac judicia levitatis : itaque his sapiens semper vacabit.

(2) Diog. Laert. VII, 93 : εἶναι δ'ἀγνοίας τὰς κακίας, ἣν αἱ ἀρεταὶ ἐπιστῆμαι εἰ. CICERO : *Tuscul.* IV, 13, 30. SENECA : *epistol.* 66, 5 : omnes virtutes rationes sunt... qualis ratio est, tales et actiones sunt.

(3) Diog. Laert. VII, 127 : ἀρέσκει δὲ αὐτοῖς μηδὲν μέσον εἶναι ἀρετῆς καὶ κακίας. SENECA : *epistol.* 71, 18 : quod summum bonum est, supra se gradum non habet.

das Ziel der Weisheit, die wirkliche Gewalt über die Triebe nicht erreicht ist.

Die römische Philosophie hat in ihrem Streben nach praktischer Verwirklichung des Sittengesetzes und seiner Einführung in den Staat und das Recht zwischen diesen schroffen Gegensätzen eine Vermittelung angestrebt (1). Schon das Betreten des Pfades der Tugend gilt als verdienstvoll, aber auch hierbei handelt es sich nicht um die Besserung eines bösen oder schwachen Willens, nicht um die Correktur einer falschen Willensrichtung, sondern um einen Fortschritt in der Erkenntniss. Auch hier sind Tugend und wahres Wissen gleichbedeutend.

Diese Sittenlehre liegt der römischen Auffassung vom Schuldmoment und der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit zu Grunde. Nach der antiken Anschauung setzt sich der subjective Tatbestand des Verbrechens in der Weise zusammen, dass der Seelenzustand oder animus durch die Affekte den ersten Anstoss-impetus erhält. Anstatt aber, wie es ihre natürliche Aufgabe ist, diese Triebe zu bekämpfen, stellt sich die geistige Kraft-intellectus in ihren Dienst und combiniert das Delikt, den dolus malus. Die Affecte sind als Ergebniss der rohen Natur an sich weder gut, noch böse, erst die Einwirkung des Geistes bestimmt ihre Richtung zur Tugend hin oder zum Verbrechen. Mit dem Willen als sittlicher Potenz haben sie nichts gemein. Dem heutigen Strafrecht gilt der Vorsatz als strafrechtliche *Willensbetätigung* verbunden mit dem Bewustsein der Causalität oder der Vorstellung, dass der erstrebte Erfolg die Wirkung der Willensbetätigung sein soll. Das geistige Moment tritt hier im Bewustsein der Causalität hervor, das Delikt selbst ist ganz ausschliesslich ein Erzeugniss des Willens.

---

(1) SENECA: *epistol.* 90, 44: virtus non contingit animo nisi instituto et edocto et ad summum assidua exercitatione perducto. ad hoc quidem, sed sine hoc nascimur.

Die Grundlagen des römischen Strafrechts hat uns in kurzer klarer Fassung MARCIAN überliefert:

L. 11. § 2. Dig. de poenis 48. 19. MARCIANUS libro 2 *de publicis judiciis*: Delinquitur autem aut *proposito*, aut *impetu*, aut *casu*; proposito delinquunt latrones, qui factionem habent; impetu autem, cum per ebrietatem ad manus aut ad ferrum venitur; casu vero, cum in venando telum in feram missum hominem interfecit.

Vom Standpunkt des modernen Strafrechts aus ist diese Stelle mit ihrer Klassificierung der Deliktsfälle garnicht zu verstehen. Es hat doch keinen Sinn von einem Verbrechen zu sprechen, welches sich durch Zufall ohne menschliche Willensrichtung vollzog. Ein Unglücksfall ist kein Vergehen. Vom römischen Deliktsbegriff ausgehend ist diese Gliederung vollkommen verständlich. Das Wesen des Delikts liegt nach wie vor im objektiven Erfolge, im rechtswidrigen Ereigniss. So urteilte man zur Zeit der XII Tafeln und ist auch später davon nicht abgewichen. Daher kann sich ein Delikt auch durch Zufall ereignen, und die Tödtung eines Menschen durch ein fehlgegangenes Geschoss wider den Willen des Schützen ist ein solches. In alter Zeit, wo nur der Erfolg berücksichtigt wurde, hätte man dafür auch Sühne gefordert. Dem werden die subjektiven Schuldmomente gegenübergestellt — der unmittelbar wirkende Trieb-impetus wie der im Geiste wohlüberlegte Plan-propositum und beide Vorgänge durch Beispiele beleuchtet, welche ihr Wesen treffend wiedergeben. Niemals ist der Trieb von jeder geistigen Schranke hemmungsloser, als im Rausch und die geistige Ueberlegung bewusster, als in der reiflichen Beratung mehrerer Beteiligter — factio. Keine von beiden Funktionen, weder der Trieb-impetus, noch die volle geistige Ueberlegung-propositum, consilium, geben das wieder, was wir heute unter dem Willensmoment verstehen. Der impetus, namentlich eines Betrunkenen, ist noch kein Wille, was aber im propositum zum Affekt hinzutritt, ist eine geistige Tätigkeit. Dolus und con-

silium heisst das Erfassen der Tat und ihrer Wirkung im Geist. Das Wissen « scientia » von dem was sie bedeutet ist die notwendige Voraussetzung jeder Handlung. Scientia ist ein namentlich in klassischer Zeit sehr viel gebrauchter technischer Ausdruck. Scientia, dolus und propositum sind gleichbedeutende geistige Funktionen, die sich zum Verbrechen ausgestalten, sobald den Gegenstand des Denkens ein rechtswidriger Erfolg bildet (1). Was der Mensch sciens-prudens vornimmt, dafür trägt er die Verantwortung und wenn zwischen seiner Geistesfunktion und dem objektiven Tatbestand eine nachweisbare Uebereinstimmung besteht, so wird das Delikt ihm zugerechnet-imputiert (2).

Man wird den Einwand erheben, dass die Römer das Wort « voluntas » doch gekannt haben und damit offenbar unseren Willensbegriff wiedergaben. Es fällt zunächst auf, dass dieser Ausdruck dort kaum angewandt wird, wo wir das Gewicht auf die sittliche Bedeutung des Willens legen, bei der Bestimmung von Handlungen. Das Wort voluntas ist überhaupt kein terminus technicus. Am nächsten steht es dem Begriff des Triebes-impetus, im Gegensatz zur ratio, der Führerin des menschlichen Tuns, wie im bekannten Satz : « Hoc volo, sic jubeo : sit pro ratione voluntas » (3). Trieb und Ueberlegung im Geiste zusammen ergeben den verbrecherischen Tatbestand : « maleficia voluntas et propositum delinquentis distin-

(1) Das Quellenmaterial lässt sich hier nicht wiedergeben, es ist ausserordentlich reichhaltig. Vergl. PERNICE : *Labeo*, B II, p. 137 ff., 147 ff. Er bemüht sich vergeblich, die römische Terminologie mit den heutigen Begriffen in Einklang zu bringen. Mit der ihm eigenen Intuition fühlt er das Vergebliche seiner Anstrengungen ; es ist ein hilfloses Kreisen um Worte, da er, wie seine Vorgänger, garnicht auf den Gedanken verfiel, dass es sich bei den Alten und bei uns doch um ganz verschiedene Begriffe handeln könnte.

(2) Imputare heisst jedwede Schuld anrechnen, cf. L. 1, § 4. Dig. de tut., 27, 3. L. 25, § 4. Dig. de aed. edicto 21, 1, dann ferner Versehen L. 17, § 3. Dig. de inst. act., 14, 3 L. 7, § 5. Dig. ad exhib., 10, 4, schliesslich verbotene Handlungen, statt anderer L. 31. Dig. de nox., 9, 4.

(3) JUVENAL : *Satire*, 6, 223.

guit » (1). Voluntas ist der Trieb, der zum Handeln drängt, nicht aber das leitende Moment der Handlung selbst, wie unser heutiger Willensbegriff. Voluntas kann vorliegen, wo jeder Wille ausgeschlossen ist, wie im Ausspruch des Paulus : si liberum esset noluissem, tamen coactus volui (2). Auch objectiv erscheint voluntas als ausserhalb stehende Macht, die uns drängt, etwas zu tun, ein Verhalten uns vorschreibt. Ein solcher Trieb ist die « justitia ». Von ihr heisst es, sie sei eine « constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens ». Aus ihr entspringt das Recht im objectiven Sinn (3). Wir würden heute denselben Gedanken mit subjectiver Färbung wiedergeben und die justitia als Rechtsgefühl bezeichnen.

Der Wille als sittliche Potenz ist das Ergebniss christlichen Fühlens, welches seinen rationalistischen Ausdruck in KANTS Philosophie gefunden hat. Er ist daher in dieser Bedeutung durchaus nicht das Gemeingut aller Völker und Culturen. Den Slaven ist diese sittliche Kraft begrifflich fremd.

---

(1) L. 53 pr. Dig. de furtis, 47, 2. In der oben citierten, L. 11, § 2. Dig. de poenis, 48, 19, wird statt voluntas der impetus neben das propositum gestellt. Während bei den klassischen Juristen der Ausdruck äusserst selten ist, kommt er in den kaiserlichen Constitutionen öfter vor, indessen war die Sprache hier eine wesentlich andere, ohne die frühere Präcision und Genauigkeit.

(2) L. 21, § 5. Dig. quod metus causa, 4, 2. PAULUS lib. 11 *ad edictum.*

(3) pr. Inst. de just. et jure, 1, 1. L. 10. Dig. eod. tit., 1. 1., cf. L. 1 pr. Dig. eod. ZELLER : *Philosophie der Griechen*, Teil II. Abt. 2 vertritt freilich die Auffassung, Aristoteles habe im Gegensatz zu Sokrates die Tugend nicht für Wissen erklärt. Die sittliche Tätigkeit ist dem Aristoteles zusammengesetzt aus der bloss natürlichen des Triebes und der vernünftigen der Einsicht. Sie besteht darin, dass der unvernünftige Teil der Seele, die Begierde, der Vernunft gehorche. Dieses vernunftmässige Begehren bezeichnet ZELLER als Willen. Andererseits aber meint er selbst, dass die praktische Vernunft des Aristoteles nicht mit dem Willen verwechselt werden dürfe, da dieser wesentlich doch ein Begehren sei, *loc. cit.*, p. 587. Von dieser psychologischen Analyse gelangen wir immerhin noch nicht zum Willen als zu einer einheitlichen sittlichen Potenz. Unzweifelhaft aber ist es, dass sich die Stoiker, auf die es uns hauptsächlich ankommt, auf den Sokratischen Standpunkt stützten.

obgleich sie, ähnlich der römischen voluntas, einen Ausdruck besitzen, der dem deutschen Wort « Wille » sehr nahe verwandt ist.

Das slavische « Volja » bezeichnet aber keine dynamische, sittliche Funktion, sondern einen objektiven Zustand — die Freiheit von jechlichem Zwang und hierin liegt etwas passives, keine treibende Kraft. Wenn der Slave dem Begriff des activen Willens Ausdruck verleihen will, gebraucht er das Fremdwort « Charakter ». In Folge späterer Bekanntschaft mit der philosophischen Litteratur Westeuropas und bei den Uebersetzungen namentlich deutscher Schriften hat man es versucht das Wort « Volja » an die Stelle des deutschen «Wille » zu setzen ; hierdurch wird aber nichts an der Tatsache geändert, dass der Begriff selbst den Slaven ursprünglich fremd war und dass sie unter dem ähnlich klingenden Wortstamm etwas ganz anderes verstanden.

Nach der streng stoischen Auffassung musste eigentlich schon das blosse Denken des dolus malus, seine Aufnahme im Geist als vollendetes Delikt gelten und diese Consequenz hat die stoische Lehre tatsächlich gezogen (1). Die römischen Rechtslehrer sind hierin nicht so weit gegangen. Ihr Ausgangspunkt bei der Beurteilung des verbrecherischen Tatbestandes war von altersher der äussere Erfolg, die Störung der objektiven Rechtsordnung. Solange eine solche nicht eingetreten war, lag kein Delikt vor. Trotz Anerkennung des subjektiven Schuldmoments, sind auch den späteren Juristen verbrecherische Pläne und nur im Geiste entworfene Verbrechen keine Vorgänge von strafrechtlicher Bedeutung. Man kam zum

(1) Seneca : *de benef*, 5, 14, 2 : sic latro est, etiam antequam manus inquinet, quia ad occidendum jam armatus est et habet spoliandi atque interficiendi voluntatem, exercetur atque aperitur opere nequitia, non incipit. Cf. Apulejus, *flor.*, 20, p. 98 : in maleficiis etiam cogitata scelera, non perfecta adhuc vindicantur, *cruenta mente*, pura manu. Ebenso Seneca : *rhetoris controversiarum* lib. VI, 8 : Incesta est etiam sine stupro, qui cupit tuprum. Cf. *ibid.* lib. VI, 6, lib. VII, 3.

Ergebniss, das zwar der Erfolg allein ohne subjektives Verschulden desjenigen, der ihn verursachte, kein verbrecherischer Tatbestand sei und keine Sühne fordere, dass aber andererseits auch das im Geiste geplante Delikt nach aussen hin in die Tat umgesetzt werden müsse. Damit ist die Verbindung des uralten Erfolgsprincips mit der philosophischen Schuldlehre durchgeführt, der Ausgleich gefunden (1).

Einen entscheidenden Einfluss gewann die stoische Sittenlehre auf die Stellungnahme der Rechtswissenschaft zur *Frage der Zurechnung*. Wie wir oben gesehen haben, konnte nach der Erfolgstheorie der XII Tafeln über Kinder jeden Alters für von ihnen verursachte Rechtsverletzungen Strafe verhängt werden. Diese Praxis liess sich nach Aufnahme des Schuldmoments und seiner geistigen subjektiven Grundlage nicht mehr aufrecht erhalten. Der Urheber haftet nur für solche Tatbestände, deren rechtsverletzende oder unsittliche Bedeutung und Wirkung er im Geiste erkannt hat und erkennen kann. Keine Zurechnung tritt daher dort ein, wo dem Täter jede verständige Einsicht mangelt und jede geistige Vorstellung von der Bedeutung und Wirkung des von ihm

(1) L. 53, § 2. Dig. de verb. signif., 50, 16. PAULUS libro 59 *ad edictum*: Sed verius est, quod et Labeo ait, separatim accipienda (sc. ope und consilio) quia aliud factum est ejus, qui ope, aliud ejus, qui consilio furtum facit; sic enim alii condici potest, alii non potest; et sane post veterum auctoritatem eo perventum est, ut nemo ope videatur fecisse, nisi et consilium malignum habuerit, *nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit*. Vrgl. L. 18. Dig. de poenis 48, 19. ULPIANUS libro 3 *ad edictum*: Cogitationis poenam nemo patitur. Ferner CICERO: *pro Milone* 19: proinde quia exitus rerum non hominum consilia legibus vindicentur. Vergl. auch PERNICE: *Labeo*, B. II, p. 111 ff. Hier hat er ohne Zweifel das Richtige getroffen, wenn er die Strafbarkeit des Versuches bei den Römern in Zusammenhang bringt mit einer besonderen Berücksichtigung des verbrecherischen Planes, unabhängig von seiner Umsetzung in die Tat. Unser philosophischer Ausgangspunkt giebt auch hier eine klare Lösung. Es findet sich nämlich dazwischen auch die Tendenz den streng stoischen Gesichtspunkt in der Praxis durchzuführen und daher auch an das im Geiste geplante Delikt strafrechtliche Folgen zu knupfen, wenn der Plan in seinen Wirkungen äusserlich erkennbar war.

Verursachten. Kinder und geistig Gestörte sind einer subjektiven Schuld nicht fähig, sie sind nicht doli capaces und unterstehen nicht dem Strafrecht. Ohne Zweifel sind Kinder willensfähig und wenn die Strafbarkeit ihrer Handlungen in der Rechtsentwickelung vielfach anerkannt worden ist, so hat man sich hierbei keineswegs nur von der objectiven Erfolgstheorie leiten lassen. Wie die Alten ganz richtig erkannten, liegt der Grund ihrer besonderen Stellung in der fehlenden geistigen Entwickelung, im « non intelligere » und daher gehören sie in eine Kategorie mit den Geisteskranken (1).

Von dieser absoluten Unfähigkeit das Böse vom Guten zu unterscheiden, das Wesen der Tugend oder des Lasters zu begreifen wird die relative geistige *Beschränktheit* unterschieden. Was vom allgemein menschlichen Standpunkt aus, schlecht oder gut ist, muss jeder geistig gesunde Volljährige wissen. Für grobe Verbrechen, welche zugleich den allgemein bekannten Grundsätzen der Sittlichkeit widersprechen, wie Mord, Diebstahl, Betrug, Blutschande und Ehebruch trägt jeder auch der geistig Beschränkte und Ungebildete die volle Verantwortung. Es kann sich aber ereignen, dass durch Rechtsvorschrift etwas untersagt ist, was dem allgemein

---

(1) Die allgemeinen Regeln enthält L. 12. Dig. ad leg. Corneliam, 48, 8. Modestinus, libro 8 regularum : Infans vel furiosus, si hominem occiderint, lege Cornelia non tenentur, cum alterum innocentia consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat. Ferner, L. 23, § 2. Dig. de aedil. edicto, 21, 1. Ulpianus, libro 1 ad edictum : Unde Pomponius ait, neque impuberem, neque furiosum capitalem fraudem videri admisisse. Eine feste Altersgränze wird hier für die Deliktsfähigkeit natürlich nicht gezogen, da die geistige Entwickelung individuell ist und ohne Rücksicht auf die Jahre auch bei Kindern im zarten Alter sehr verschieden sein kann. Daher wird im einzelnen Falle die Altersstufe nicht berücksichtigt — malicia supplet aetatem — und das Kind als « doli » oder « injuriae capax » anerkannt. L. 23. Dig. de furtis 47, 2, L. 5, § 2. Dig. ad leg. Aquil. 9, 2, « impuberem furtum facere posse, si jam doli capax sit », oder « impubes, quia furti tenetur, teneri et Aquilia.... si sit jam injuriae capax ». Cf. Gajus, Inst. III, 208, L. 4, § 26. Dig. de doli mali exc., 44, 4. Es giebt eine Altersstufe, « aetas, quae dolo non careat ». L. 111, pr. Dig. de reg. jur., 50, 17, dagegen L. 2, § 19. Dig. vi bonor. rapt, 47, 8.

bekannten und verständlichen Sittengesetz keineswegs widerspricht, und das andererseits ein Verhalten vorgeschrieben wird, welches sich vom moralischen Standpunkt aus garnicht von selbst versteht. Hieraus ergiebt sich zweierlei: zunächst die allgemein geltende Grundregel, dass niemand eine Schuld unter Hinweis auf seine Unkenntniss des geltenden Rechts von sich abwälzen darf, denn der grösste Teil des vom Gesetze geforderten steht im Einklang mit den Sittenregeln, welche jedermann, auch dem geistig beschränktesten, verständlich sind. Neben dieser allgemein geltenden Vorschrift finden wir aber in den Quellen eine Reihe kasuistischer Bestimmungen, kraft deren in einzelnen Fällen gewissen Personen Rechtsirrtum nachgesehen werden soll. Vor allem gilt dies für Frauen, aber auch für Männer, die durch ihre geringe geistige Entwickelung oder die äusseren Verhältnisse, in denen sie leben, daran verhindert sind, sich über manche specielle Vorschriften, deren Inhalt durchaus nicht selbstverständlich ist, zu informieren. Ueber die Nähe der Verwandschaft als Ehehinderniss z. B. können die Gesetze verschiedener Völker oder Religionsgemeinschaften strengere oder freiere Auffassungen vertreten. Die Ehe zwischen Geschwistern wird natürlich überall als verbotenes Incest angesehen und von *jedem* Sittengesetz verworfen. Dass sie nicht erlaubt ist, muss jedermann wissen. Darüber aber, ob etwa eine Verbindung mit der Tochter der Schwester zulässig sei oder nicht, können auch auf Grund einer strengen Sittenregel die Meinungen geteilt sein, ja in den einzelnen Rechtssystemen z. B. im jus gentium oder jus civile verschiedene Bestimmungen vorliegen. Hierauf darf sich jede Frau, die eine solche Verbindung eingegangen ist, stützen. Es ist ihr erlaubt, sich auf die liberaleren Vorschriften des jus gentium zu berufen und in Bezug auf das jus civile Rechtsirrtum vorzuschützen (1). Dieser Unkennt-

(1) L. 38. Dig. ad leg. Jul. de adult. 48, 5. PAPINIANUS, libro 36 quaestionum: § 1. Stuprum in sororis filiam si committatur, an adulterii poena

niss des Rechts sind aber Gränzen gezogen, denn da das jus gentium dem allgemein gekannten Sittengesetz entspricht, so wird es auch der Frau nicht gestattet, sich dahinter zu verschanzen, dass seine Satzungen ihr unbekannt sind.

Aehnlich den Frauen werden Leute von geringer Bildung oder mit abgelegenem Wohnsitz beurteilt. Dafür ein Beispiel. Das Senatusconsultum Silanianum macht jeden im Hause des ermordeten Herren anwesenden Sklaven für die Mordtat verantwortlich, wenn nicht der Nachweis erbracht werden kann, dass es ihm unmöglich war, irgend welche Hilfe zu leisten. In Ergänzung hierzu bestimmt ein Edikt, dass ein vom Ermordeten hinterlassenes Testament von niemandem geöffnet werden dürfe, bevor die Untersuchung und das Verfahren im Mordprocess zum Abschluss gelangt sei (1). Es handelt sich im gegebenen Fall sowohl um ein Gesetz, als auch um ein Magistratsedikt, deren Inhalt, namentlich derjenige des Edikts, sich durchaus nicht von selbst versteht. Beide Vorschriften tragen einen sehr speciellen Charakter, das Senatusconsult ist überdies nicht einmal gegen freie Bürger gerichtet. Einem fern von der Stadt Lebenden, in Geschäften Unerfahrenen kann es leicht vorkommen, dass er ungeachtet der Kenntniss von der Ermordung des Testators die Testamentsurkunde arglos aus Neugier oder Interesse an der Sache öffnet. Hier liegt natürlich kein Verstoss gegen irgend ein allgemeines, jedem bekanntes Sittengesetz vor.

---

sufficiat mari, considerandum est... § 2. Quare mulier tunc demum eam poenam, quam mares, sustinebit, cum incestum jure gentium prohibitum admiserit; nam si sola nostri juris observatio interveniet, mulier ab incesti crimine erit excusata.

(1) Tit. Digest. de Senatusconsulto Silaniano et Claudiano, quorum testamenta ne aperiantur, 29, 5. Die ratio legis ist Sicherheit des Hauses. Das ergänzende Edict ist erwähnt in L. 3, § 18. Dig. hoc. tit. Ulpianus, libro 1 ad edictum : Quod ad causam testamenti pertinens relictum erit ab eo, qui occisus esse dicetur, id ne quis sciens dolo malo aperiendum, recitandum describendumque curet, edicto cavetur, priusquam de ea familia quaestio ex Senatusconsulto habita, suppliciumque de noxiis sumtum fuerit.

Ohne von der Grundregel « juris ignorantia nocet » abzuweichen kann unter bestimmten Voraussetzungen die Unkenntniss des Senatusconsults oder gar des Edikts als Entschuldigungsgrund anerkannt werden (1). Umgekehrt giebt es Edikte, die ungeachtet ihres speciellen Charakters, vom sittlichen Standpunkt aus so selbstverständliches enthalten, dass der natürliche Verstand — die naturalis ratio — vollkommen dazu ausreicht um sie zu begreifen. Dem gegenüber soll sich niemand auf seine « rusticitas » berufen und Unwissenheit oder geistige Beschränktheit vorschützen (2). Aus diesen Beispielen können wir leicht ersehen, dass eine feste Regel darüber, wann die Nichtkenntniss des Rechts von Frauen oder Rustici als Entschuldigungsgrund vorgeschützt werden kann, sich ebensowenig aufstellen lässt, wie etwa eine feste Altersgränze für die « doli capacitas » der Kinder. Das Wesen der verletzten Rechtsvorschrift ist hier ebenso Gegenstand einer besonderen Beurteilung von Fall zu Fall, wie die geistige Reife desjenigen, der sich das Delict hat zu Schulden kommen lassen und sich auf die Unkenntniss des geltenden Rechts beruft.

Wissen und Erkennen als Grundlage des subjectiven Schuldmoments im römischen Recht treten mit besonderer Klarheit

(1) Vergl., L. 3, § 21. Dig. de Scito Silaniano, 29, 5. ULPIANUS, libro 50 ad edictum : Si quis ignorans occisum, aperuerit, non debet hoc edicto teneri. Das ist zunächst ein Irrtum über die *Tatsache* der Ermordung, welcher natürlich als Entschuldigungsgrund angesehen wird ; dann heisst es weiter in § 22. Etsi sciens, non tamen dolo aperuit, aeque non tenebitur, si forte per imperitiam, vel per rusticitatem *ignarus edicti* praetoris vel Senatusconsulti aperuit. Vergl. auch die Zusammenstellung bei PERNICE, *Labeo*. B. II, p. 122 ff. Auch hier fehlt bei PERNICE jedes Ergebniss, weil ihm das leitende Princip unbekannt war.

(2) L. 2. Cod. de in jus voc. 2, 2. Imp. GORDIANUS A. NOCTURNO: Venia edicti non petita, patronum seu patronam, eorumque parentes, liberos, heredes insuper, etsi extranei sint, a libertis seu liberis eorum non debere in jus vocari, jus certissimum est : *nec in ea re rusticitati venia praebeatur, cum naturali ratione* honor hujusmodi personis debeatur.

bei der Beurteilung der *Unterlassungsdelikte* zu Tage. Vom Standpunkt des Willensprincips und der mit ihm verbundenen Kausalität ergab sich hier eine Reihe von Zweifeln, die einer einheitlichen Behandlung des Tuns wie des Unterlassens im Wege standen. Vor allem : spricht sich in beiden die gleiche Willensenergie aus? Kann eine Unterlassung als innerer Willensact der äusseren Willensbetätigung zur Seite gestellt werden? Wie kann eine Rechtswirkung eintreten, wo keine Willensbetätigung vorliegt? Um diese Kausalität herzustellen, wollten manche die Unterlassung zu einem Tun umgestalten und erklärten sie schlechthin für ein « Andershandeln ». Dem gegenüber versuchte man nachzuweisen, dass die dem Unterlassen vorausgegangene Handlung die Ursache des Delikts bilde und dieses sich mithin auf ein wirkliches Tun zurückführen lasse. Dem widerspricht aber der Grundsatz, dass die Schuld stets im Zeitpunkt der Willensbetätigung vorliegen müsse. Meist neigte man dazu, die Unterlassung strafrechtlich milder zu beurteilen, als das Tun. Die neuesten Theoretiker haben den Streit um die Kausalität damit erledigt, dass sie schlechthin die Unterlassung an sich als strafbar behandelten und das Nichtverhindern eines Erfolges seiner Verursachung gleichstellten (1).

Diese Zweifel und Erwägungen konnten bei den römischen Juristen garnicht entstehen. Nach ihrer Auffassung war die geistige Vorstellung von der Bedeutung des Delikts und seinen Wirkungen bei der bewussten Unterlassung genau so vorhanden, wie beim dolosen Tun. Das Wissen — die scientia — ist in dem einen Falle genau so massgebend, wie in dem anderen und wer in voller Erkenntniss vom Verlauf der Dinge geschehen lässt, was er verhindern kann, trägt die gleiche Schuld, wie der sciens-prudens Handelnde. Der scientia entspricht hier die « patientia », hinsichtlich der rechtlichen

(1) Statt anderer Liszt : *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*. 12 Aufl., p. 134, und die dort angeführten Schriftsteller.

Folgen wird zwischen beiden kein Unterschied gemacht (1). Diese Auffassung steht der modernen Strafrechtslehre sehr nahe, auch sie verfolgt die Rechtswidrigkeit der Unterlassung an sich und der eventuelle Kausalzusammenhang bleibt auch hier unberücksichtigt.

Ein ganz neues Licht wirft die philosophische Herkunft der römischen Lehre vom Schuldmoment auf den *Begriff der culpa*. Dieser ist so eigenartig gestaltet, dass wir im modernen Strafrecht kaum etwas ihm zur Seite zu stellen haben. Am nächsten läge ein Vergleich mit der Fahrlässigkeit, indessen handelt es sich auch bei ihr immer noch um schwankende Vorstellungen, die bis auf den heutigen Tag noch nicht aufgeklärt sind. Die Fahrlässigkeit wird regelmässig als Willensfehler hingestellt, ja als « unbewusst rechtswidriger Wille » (2). In letzter Zeit machte sich die Auffassung geltend, dass hier doch ein Verstandesfehler zu Tage trete. Schliesslich suchte man den Willensmangel mit dem Verstandesfehler in der Weise zu verbinden, dass man in der Fahrlässigkeit zwei Momente feststellte, den Mangel an Vorsicht im Sinne einer

(1) L. 45, pr. Dig. ad leg. Aquil., 9, 2. PAULUS, libro 10 ad Sabinum : *scientiam hic pro patientia* accipimus, ut qui prohibere potuit, teneatur, si non fecerit. Wie wir gesehen haben, ist « scientia » der technische Ausdruck für das Wissen, welches die strafrechtliche Verantwortung nach sich zieht. Daher heisst es auch in L. 4, pr. Dig. de noxalibus actionibus, 9, 4. PAULUS, libro 3 ad edictum : Rectius itaque dicitur, scientiam ejus accipiendam, qui prohibere potest ; et hoc in toto edicto intelligendum est circa scientiae verbum. Das Nichtgewähren von Alimenten wird dem Morde gleichgestellt : L. 4 Dig. de agnoscendis liberis 25, 3. PAULUS, libro 2 sententiarum : Necare videtur... qui alimonia denegat. In Bezug auf Falschmünzerei : L. 9, § 1. Dig. de lege Cornelia, 48, 10. ULPIANUS, libro 8 de officio proconsulis : *Eadem poena* afficitur etiam is, qui, cum prohibere tale quid posset, non prohibuit. Vergl. ferner L. 18, § 3. Dig. de dolo malo 4, 3, L. 35, § 8. Dig. de contr. empt. 18, 1, L. 13, § 8. Dig. locati 19, 2, L. 17, § 7. Dig. de aedil. edicto 21, 1, L. 19. Dig. de Scito Silaniano , 29, 5, L. 1, § 1. Dig. si famil., furt, 47, 6, L. 2. Dig. de lege Pompeja, 48, 9, L. 3, § 22. Dig. de re militari 49, 16, L. 6, § 8. Dig. eod.

(2) BINDING : *Die Normen*, B. II, p. 117.

Willensschwäche und an Voraussicht als Mangel einer verständige Erwägung (1).

Schon oft ist darauf hingewiesen worden, dass der Ausdruck « culpa » bald in einem weiteren, bald in einem engeren Sinne gebraucht wurde. Im weiteren Sinne bedeutet er subjektiv jede Schuld, objektiv jede Rechtsverletzung. Dieser allgemeine Begriff der culpa hat seine vollkommenste Anwendung in der lex Aquilia gefunden ; es ist daher durchaus zutreffend von einer « culpa legis Aquiliae » zu reden. Diese culpa bedeutet das objektive Unrecht ohne Rücksicht darauf, ob es durch Vorbedacht — dolus — oder durch die geringste Fahrlässigkeit — levissima culpa — herbeigeführt wurde (2). Die lex Aquilia macht also vom subjektiven Standpunkt aus zwischen dem Vorsatz — dolus oder consilium — und der culpa im engeren oder technischen Sinn keinen Unterschied. Sie statuiert in beiden Fällen die gleiche Rechtswirkung — den qualificierten Schadensersatz für die Vernichtung oder Verletzung bestimmter Rechtsobjekte.

Wenn hier also dolus und culpa zusammengefasst und in ihrer rechtlichen Bedeutung nicht von einander geschieden werden, so fragt es sich, was jeder Begriff für sich darstellt und was sein Wesen ausmacht. Wir haben gesehen, dass unter « dolus », « consilium » und « scientia » das Erfassen des deliktischen Tatbestandes im Geiste, das Wissen von ihm und seinen Wirkungen zu verstehen ist. Im Gegensatz zu diesem positiven Moment des Wissens im dolus bedeutet die culpa im engeren Sinn das *Nichterkennen* oder das *Nichtwissen* bestimmter Dinge. Während der dolose Handelnde gedacht

(1) Liszt : *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 12 Aufl., p. 184, ff.

(2) L. 5, § 1. Dig. ad leg. Aquiliam, 9, 2. Ulpianus, libro 18 ad edictum : ...Igitur injuriam hic damnum accipiemus culpa datum, etiam ab eo, qui nocere noluit. Unter den Begriff dieser culpa fällt also sowohl die vorsätzliche, als auch die nicht beabsichtigte Rechtsverletzung-dolus und culpa im technischen Sinn. Vergl. über culpa im weiteren Sinne auch Pernice : *Labeo*, B. II, p. 130 ff. Worin nach ihm die *juristische* Bedeutung des weiteren Culpabegriffes besteht, ist nicht recht zu ersehen.

hat, was er nicht denken durfte, hat der für culpa Verantwortliche dasjenige nicht gedacht, was er denken musste und dasjenige nicht gewusst, was er hätte wissen sollen : « culpam autem esse, quod, cum a diligente provideri potuerit, non esset provisum » (1). Weil aber das, was man im Rechtsverkehr verstehen und wissen muss, sehr manichfaltig ist, so äussert sich auch die culpa in den aller verschiedensten Vorgängen und Formen und was wir als Abstufung des Culpabegriffes ansehen ist immer nur dasselbe Nichtwissen, modificiert durch dasjenige, was im concreten Falle gewusst werden muss. Was aber muss man wissen und erkennen? Zunächst muss man wissen und erkennen, was jeder Mensch mit gesunden Sinnen und Denkvermögen erkennt und weiss : « intelligere, quod omnes intelligunt » (2). Da aber nach stoischer Auffassung Wissen Tugend, Nichtwissen Laster bedeutet, so gilt der Mangel an *jedem* Wissen und Verstehen, sofern hierdurch ein rechtswidriger Erfolg herbeigeführt wurde, als Delikt und wird dem Dolus gleichgestellt : « lata culpa dolus est, oder dolo comparatur » (3). Das Nichtwissen kann beachsichtigt sein oder die Folge grösster Nachlässigkeit, in jedem Falle handelt es sich, ganz wie beim dolus, um einen geistigen Defect. Dieser lata culpa wird das Nichtwissen dessen gleichgestellt, was der Schuldige klar und bestimmt erkennt, sobald es sich um seine eigenen Angelegenheiten handelt. Er hat sich damit selbst das Maas desjenigen bestimmt, was er erkennen und wissen muss. Dem abstrakten Maasstab dessen was

(1) L. 31. Dig. ad legem Aquiliam. 9. 2. PAULUS, libro 10 ad Sabinum.

(2) L. 213, § 2. Dig. de verb. signif. 50, 16. ULPIANUS, libro 1 regularum, L. 223 pr. Dig. eod. PAULUS, libro 2 sententiarum.

(3) L. 1, § 1. Dig. si mensor falsum mod. 11, 6. ULPIANUS, libro 24 ad edictum, L. 226. Dig. de verb. signif. 50, 16. PAULUS, libro 1 manualium. Auch dolo proxima wird sie genannt, L. 8, pr. Dig. de edendo, 2, 13. ULPIANUS, libro 4 ad edictum, L. 7, § 1. Dig. de suspect. tutor. 26, 10. ULPIANUS, libro 1 de omnibus tribunalibus : « prope fraudem accedit », L. 1, § 5. Dig. de obl. et act. 44, 7. GAJUS, libro 11 aureorum, L. 8, § 3. Dig. de precario, 43, 26. ULPIANUS, libro 71 ad edictum, L. 1 § 2. Dig. de his qui testamento, 47, 4. ULPIANUS, libro 38 ad edictum.

jedermann weiss, steht der concrete gegenüber, der das Erkennen und Wissen individualisiert. Beide Fälle des Nichtwissens sind sich aber gleich, ihre Folgen dieselben und ebenso die Haftung für beide (1). Mag der Grad der Unwissenheit bei der culpa in concreto auch regelmässig kleiner scheinen, als bei der abstrakten, das subjektive Schuldmoment ist in ihr jedenfalls nicht geringer ; beide stehen auf ein und derselben Stufe des verantwortlichen Nichtwissens. Bei Vertragsverhältnissen handelt es sich um eine verschärfte Haftung, die indessen durch den tatsächlichen Umstand bedingt ist, dass hier regelmässig die Verwaltung fremden Gutes in Frage kommt, welches der Schuldige seiner Vermögenssphäre angliedert, so dass ein anderes Verhalten den fremden Sachen gegenüber, als den eigenen als ganz unzulässig erscheint (2).

Ein abstrakter Maasstab liegt der allgemeinen Geschäftsculpa zu Grunde. Wer am Rechtsverkehr Teil nimmt, muss wissen und verstehen, was ein ordentlicher, normaler Ge-

(1) Damit ist jeder Zweifel über die sog. culpa in concreto behoben. Sie ist eine culpa lata und wird daher auch dem dolus gleichgestellt. L. 32. Dig. depositi, 16, 3. Celsus, libro 11 digestorum : Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret ; nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit. Vergl. L. 22, § 3. Dig. ad Senatusconsultum Trebell. 36, 1. Ulpianus, libro 5 disputationum. Die Meinungsverschiedenheiten über diese Frage gehen regelmässig von anderen Gesichtspunkten aus, die sich schwer vereinigen lassen. Wir können daher hier von jeder Polemik absehen.

(2) Solche Rechtsverhältnisse sind die Vormundschaft, bei welcher der Vormund das Mündelgut neben dem seinigen in der Hand hat und verwaltet. Dasselbe liegt vor in der Stellung des Ehemannes zur Mitgift der Frau. Miteigentümer und Gesellschafter vereinigen ihre Vermögensobjekte bis zu einem gewissen Grade zu einer Masse, in welcher sie natürlich ebenso Bescheid wissen müssen, als in ihrer eigenen Gütersphäre. Freilich kommt diese Art der culpa, da sie an bestimmte Rechtsverhältnisse gebunden ist, für das Strafrecht kaum in Betracht. Immerhin ist es nicht ohne Interesse, dass sie mehrfach Ehrminderung nach sich zieht. So die actio pro socio, actio tutelae, actio depositi. Bei der Dotalklage fiel diese Wirkung fort, weil die Dos als mit dem Eigentum des Ehemannes verbunden angesehen wurde. Er konnte mit ihr umgehen, wie er wollte, seine Rechte waren nur durch die Pflicht der Wiedergabe beschränkt.

schäftsmann weiss und versteht. Wer einen Vertrag abschliesst, ein Rechtsgeschäft eingeht, muss die sich hieraus ergebenden rechtlichen und wirtschaftlichen Folgen übersehen und begreifen. Hat er es am erforderlichen Wissen fehlen lassen, so ist das sein Verschulden. Dieser Grad des Nichtwissens trägt keinen deliktischen Charakter, da er nur beim Abschluss bestimmter Rechtsgeschäfte in Frage kommt, nur sie betrifft und daher nur an ihre Erfüllung oder Nichterfüllung gebunden ist. Die Haftung aus dem Rechtsgeschäft bestimmt die Grenzen dieser culpa.

Eine besondere Art des Nichtwissens und der culpa liegt schliesslich dann vor, wenn eine amtliche Tätigkeit oder eine übernommene Leistung besondere Kunstfertigkeit voraussetzt und die hierzu erforderlichen Kenntnisse oder Fähigkeiten fehlen. Dieses Nichtwissen oder Nichtverstehen wird als imperitia-Unerfahrenheit bezeichnet (1). Da hier nicht nur durch Rechtsgeschäfte hervorgerufene Verbindlichkeiten, sondern auch Verfehlungen gegen Berufspflichten in Frage kommen, so kann diese Art culpa unter Umständen auch den Charakter eines Delikts annehmen (2).

Hiermit sind die verschiedenen Abstufungen des verantwortlichen Nichtwissens oder Nichtverstehens, soweit sie im Rechtsverkehr zu Tage treten, erschöpft. Während aber im heutigen Begriff der Fahrlässigkeit es sich in erster Linie um Willensmängel handelt, stützt sich die culpa ganz ausschliesslich auf Fehler des geistigen Erkennens und Wissens.

---

(1) L. 8, § 1. Dig. ad legem Aquiliam 9, 2. L. 9, § 5. Dig. locati. 19, 2.

(2) L. 8, § 1. Dig. ad legem Aquiliam, 9, 2. Gajus, libro 7 ad edictum provinciale. Der Führer eines auf Maulthiere verladenen Waarentransportes hat es nicht verhindern können, dass durch scheu gewordene Thiere ein fremder Sklave verunglückte. Dann heisst es weiter: Idem dicitur, etsi propter infirmitatem sustinere mulorum impetum non potuerit. Nec videtur iniquum si infirmitas culpae annumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intelligit, vel intelligere debet, infirmitatem suam alii periculosam futuram. Das Nichtbeherrschen der übernommenen Berufstätigkeit gilt als hinreichendes Schuldmoment.

Die Erfolgslehre, welche den Ausgangspunkt des römischen Strafrechts bildet, kennt die Strafe weder als Mittel der Abschreckung noch der Besserung (1). Die Strafe erfolgt auch nicht um des Staates willen etwa zu seiner Erhaltung und Sicherung, sie ist das notwendige Ergebniss der Rechtsverletzung, ihr Correlat und Ausgleich. Das durch die Rechtswissenschaft später hineingetragene, auf geistigen Funktionen gegründete Schuldmoment hat hieran nichts geändert und die unmittelbare Zurückführung dieser Strafrechtslehre auf ethische Forderungen verlieh ihr eine von den Zwecken des Staates unabhängige Bedeutung, indem sie erneut den Zusammenhang von Schuld und Sühne hervorhob.

Nach der antiken Auffassung des subjektiven Schuldmoments ist das Seelenleben vom Intellect beherrscht. Der Geist hat hier die Führung über den Trieb, welcher nur den Anstoss zum Handeln giebt. Dem steht der durch KANT hervorgehobene, VON SCHOPENHAUER einseitig entwickelte Voluntarismus gegenüber (2). Der Wille aber ist eine Macht, die nach Ausbreitung

(1) Als argumentum e contrario liesse sich für das Fehlen des Abschreckungsgedankens im antiken Recht vielleicht, L. 2, § 1. Dig. de noxal. act., 9, 4, anführen. Die XII Tafeln straften den Sklaven für von ihm begangene Verbrechen unmittelbar, selbst wenn der Herr um die Tat gewusst oder gar sie angeordnet hatte. Bekanntlich vertrat die lex Aquilia einen anderen Standpunkt und stellte die Verantwortung des Herren in den Vordergrund. CELSUS hat beide Gesetze mit einander verglichen : Utriusque legis reddit rationem : duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit periturus, si non fecisset. Es hat den Anschein, als habe das Zwölftafelgesetz durch abschreckende Härte der Strafe den Sklaven dazu veranlassen gewollt, der Anstiftung seitens des Herren nicht Folge zu leisten und sich als geringeres Uebel seinen Unwillen zuzuziehen. Die lex Aquilia fasst das Schuldmoment des Herren vor allem ins Auge und beseitigt damit den seelischen Conflikt beim Sklaven : Dieser soll garnicht im Zweifel darüber sein, wem er zu gehorchen habe ; die früher vielleicht beabsichtigte Abschreckung wird von der lex Aquilia nicht weiter beachtet.

(2) Das gleiche Verhältniss von Geist und Wille habe ich in der Lehre vom Besitz feststellen können ; was nach moderner Auffassung der Besitzwille ist, war den Alten das Erfassen des Sachbegriffes im Geist. Cf. « *Philosophie im Privatrecht* », B. II, namentlich die Lehre vom « animus ». Auch die verschiedene Beurteilung der Juristischen Person gehört hierher.

strebt und über sich nichts anerkennt, als die überlegene Kraft. Als dynamisches Moment erscheint er als teilbare Grösse, die innerlich gleichartig in Atome aufgelöst werden kann. Diese Willensatome sind in stetem Fluss, die Bewegung ist ihre einzige Bestimmung, sie dulden keine Gestaltung, keinen Bestand. Die Herabsetzung der Geistesfunktionen in unserer Zeit wird veranlasst und gefördert durch die erzwungene Geistesbildung als Grundlage der Volkserziehung und die aufdringliche Verbreitung von Ideen durch die Presse. Erzwungene Geistesarbeit ist kein Weg zur Tugend. Die Willensfreiheit der Alten war die Freiheit des geistigen Schaffens im Gegensatz zur Unfreiheit der Affekte. In ihr fand man den Höhepunkt des menschlichen Daseins und seines sittlichen Gehaltes; unbewusst erfasst auch uns ein tiefes Sehnen nach jenem freien Geistesreiche.

Professor Dr P. von Sokolowski.

LA MAGIE DANS L'ANCIEN DROIT ROUMAIN

(RAPPROCHEMENTS AVEC LE DROIT ROMAIN)

PAR

C. STOÏCESCO

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE BUCAREST

LA MAGIE DANS L'ANCIEN DROIT ROUMAIN

(RAPPROCHEMENTS AVEC LE DROIT ROMAIN)

1. Délaissant les chemins battus, les belles avenues droites de l'exégèse, les romanistes modernes n'ont pas craint de s'engager résolûment dans des voies nouvelles et de faire appel dans une très large mesure à la linguistique, au folklore, à l'archéologie, au droit comparé, à tout un groupe de connaissances dont l'importance fut lontemps méconnue. Chose assez curieuse : si ces branches auxiliaires, et spécialement le droit comparé, parvinrent à mieux faire comprendre le droit romain, celui-ci, de son côté, projeta un faisceau de lumière sur certaines autres législations ; au fond, le contraire eut été surprenant, tellement sa solide structure et son remarquable esprit de synthèse en font la pierre de touche des législations dont on le rapproche. L'une des questions qu'on mit ainsi au point fut celle de la magie dans la civilisation gréco-romaine. Les travaux de Wessely, Wuensch, Usener, Maschke et Huvelin, pour ne rappeler que les premiers en date, sont encore à la mémoire de tous; quant au beau livre de M. Jobbé-Duval sur les morts malfaisants, pour citer le plus récent, il complète d'une façon fort heureuse la série de recherches entreprises sur un sujet qui n'est pas près d'être épuisé (1). En effet,

---

(1) Wessely, *Griechische* et *Neue griechische Zauberpapyri*, dans les *Denkschriften der ph. hist. Kl. der K. Akademie der Wissenschaften in Wien*, XXXVI, 2 (1888), 27-208, et XLII, 2 (1893), 1-96. Wunsch, *Defixionum tabellae atticae* (appendice au *Corpus inscriptionum atticarum*) (1897), et *Neue Fluchtafeln*, dans le *Rheinisches Museum* (1900). Usener, *Italische Volksjustiz*, dans le *Rhein. Mus.* (1901). Maschke, *Die Persönlichkeitsrechte des römischen Iniurensystems* (1903), 1-28. Huvelin, *Les Tablettes magiques et le droit romain* (1901) ; *La notion de l'iniuria dans le très ancien droit romain*, dans

et c'est là aujourd'hui une vérité banale, la magie joua dans les sociétés anciennes, un rôle dont nous pouvons à peine nous faire une idée, car on la trouve non seulement à l'origine de la religion et du droit, mais à chaque pas, à chaque acte de l'homme primitif, depuis sa naissance jusqu'à sa mort (1). Une contribution destinée, sinon à révéler quelques nouveaux aspects du problème, mais du moins à lui fournir des matériaux inédits, offrira donc peut-être un certain intérêt. Aussi bien, en entreprenant cette étude, n'avons-nous eu en vue que d'exprimer notre admiration au grand romaniste belge dont nous fêtons ici la trentième année de professorat.

2. La grosse difficulté des recherches de ce genre est de ne pas glisser insidieusement sur la pente du pittoresque, en perdant ainsi tout contact avec l'élément juridique qui, seul, doit nous préoccuper ; il en résulterait un travail d'ethnologie ou de folklore, mais non une étude de droit. Nous nous efforcerons d'éviter cet écueil dans les lignes qui vont suivre, en laissant de côté tout détail superflu sur les cérémonies magiques et les procédés de sorcellerie proprement dits, pour n'accorder notre attention qu'à leur origine, à leur portée, ou à leurs effets juridiques. On pourrait également reprocher à cet essai de ne rien prouver, de ne servir de conclusion à aucune thèse : tel rite magique roumain, même rattaché à un rite romain identique, démontrera-t-il nécessairement la survivance de ce dernier ? Le doute serait permis, car il a sou-

---

les *Mélanges Ch. Appleton* (1903), 371-499 ; *Magie et droit individuel*, dans l'*Année Sociologique* (1905-1906), qui devait faire partie d'un ouvrage sur les *Obligations dans le très ancien droit romain*. JOBBÉ-DUVAL, *Les morts malfaisants « larvae, lemures » d'après le droit et les croyances populaires des Romains* (1924). L'ouvrage historique le plus récent sur la magie est celui de M. TH. HOPFNER, *Griechisch-Aegyptischer Offenbarungszauber*, dont les deux volumes forment les t. XXI et XXIII des *Studien zur Palaeographie und Papyruskunde*, publiés sous la direction de M. C. WESSELY (1922-1924).

(1) V. dans LÉVY-BRUHL, *La mentalité primitive* (1922), les chapitres intitulés « La mentalité de l'homme primitif est essentiellement mystique » et « Rien ne s'obtient sans l'aide magique », 503, 350, 511. T.-W. DANZEL, *Magie und Geheimwissenschaft* (1924), 4-9.

vent été soutenu que la magie, à peu de chose près, était partout la même, que ses pratiques présentent une ressemblance frappante quel que soit le milieu que l'on veuille étudier, que ce caractère d'identité est tellement saisissant, qu'on serait malgré soi tenté de songer à un emprunt, à une sorte de transmission ou d'infiltration de peuple à peuple, à un patrimoine commun de l'humanité que constituerait la « magie universelle » (1). Cette affirmation, qui renferme du reste une grande part de vérité, pèche, nous semble-t-il, par une généralisation trop rigoureuse.

Il serait assurément assez facile de trouver des croyances absolument semblables chez les peuplades les plus éloignées les unes des autres par leur origine ou par leur situation géographique (2). Cela n'a rien de surprenant si l'on admet que les premiers rites magiques ont été suggérés par des besoins physiques ou intellectuels immuables, éternellement pareils puisque éternellement humains. Mais dès qu'on abandonne ce terrain un peu flou de considérations philosophiques pour aborder l'examen des faits, on est vite convaincu du contraire. Tout d'abord le prétendu dogme de l'uniformité de la magie prête à discussion. Certains auteurs, et non des moindres, observent avec raison que la mentalité primitive est en même temps si complexe et si différente de la nôtre que les explications qui nous viennent à l'esprit sont « fausses neuf fois sur dix » et que, pour ne citer qu'un exemple pris au hasard parmi une foule d'autres : les ordalies africaines, « y voir une sorte de procédure judiciaire par analogie avec les jugements de Dieu du moyen-âge, ou même avec les ordalies de la Grèce

(1) V. Henry, *La magie dans l'Inde antique* (1903), 1, 13, etc. J.-G. Frazer, *Le Rameau d'Or* (trad. de lady Frazer, 1923), 183. Cf. Gaidoz et Esmein, cités par Jobbé-Duval, *Morts malfaisants*, IX et X, n. 1.

(2) Pour nous en tenir au seul livre de M. Jobbé-Duval, signalons des similitudes incontestables entre certaines superstitions des Normands et des Grecs modernes ; des Romains et des Congolais ; des Romains, des Kabyles, et des Chinois ; *op. cit.*, 116, 192, 213.

antique, qui en sont cependant moins loin, c'est se condamner à n'y rien comprendre » (1). Les mêmes formes extérieures ne dérivent donc pas toujours d'un même principe ; un fait d'apparence identique aura bien souvent une signification absolument différente suivant les conceptions de la société où il se sera manifesté. Et si, fortuitement, des analogies assez déconcertantes se retrouvent dans deux milieux profondément dissemblables, il n'en est pas moins téméraire d'ériger une simple coïncidence en règle générale, et d'en tirer argument pour nier la continuité des traditions entre deux peuples dont l'un est issu de l'autre. Au reste, ce n'est pas exclusivement cette filiation qui doit nous préoccuper. L'étude de certains phénomènes sociaux et juridiques offre un intérêt qui se suffit à lui-même.

3. Le peuple roumain est essentiellement traditionnaliste. En dépit des revers, des invasions, des guerres incessantes qui ensanglantèrent son territoire, il conserva précieusement sa langue, sa religion et ses croyances. Parmi celles-ci l'on retrouve des jeux, des cérémonies, des coutumes, qui ont pour la plupart une origine romaine et qui se rattachent indiscutablement aux pratiques de la magie. DÉMÈTRE CANTÉMIR, le prince lettré qui nous laissa la *Descriptio antiqui et hodierni status Moldaviae* (2), sorte d'encyclopédie où se mêlent, selon la mode du temps, des renseignements sur la géographie, l'histoire et les institutions politiques du pays, note déjà l'esprit volontiers porté vers le surnaturel, le goût du mystérieux, le respect des vieilles superstitions, qui caractérisaient ses sujets : *Infinum praeterea vulgus, ut in plerique aliis, quas*

(1) LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, 503.

(2) CANTÉMIR règna du 29 mars 1693 au 18 avril de la même année et une seconde fois de novembre 1710 à juin 1711. Sa *Descriptio* semble avoir été écrite en 1716. V. *Operele principelui Demetriu Cantemiru, tipar. de Soc. Academica Română*, t. II, *Descrierea Moldaviei* (1875), préface de Papiu Ilarian, VIII.

cultior litteratura nondum illustravit, regionibus, ita et in Moldaviae ad superstitionem proclive, non adeo perfecte antiquis suis lavata est sordibus, quin in nuptiis, exequiis et statis anni temporibus ignota quaedam et antiqum Daciae cultum redolentia nomina carminibus canticisque celebret. Cette inclination, cette mentalité particulière n'ont pas entièrement disparu. De nos jours, la campagne roumaine, dernier asile de la poésie du passé, détient encore le dépôt de ces traditions millénaires, et il n'est point rare d'assister au XX^me^ siècle, comme en plein moyen-âge, à des exorcismes, à des envoûtements, à l'emploi des charmes, à la mise en œuvre de tout l'arsenal désuet et naïf des rites magiques.

Si la brève incursion que nous nous proposons de faire à travers les superstitions populaires paraît au premier abord assez inopportune, son utilité se manifestera dès que l'on saura à quoi s'en tenir sur les anciennes codifications roumaines. En effet, on ne peut guère accorder ce titre aux différentes *pravile* ou nomocanons du XV^e^ et XVI^e^ siècle, écrits en langue slave ou en roumain, à cause de leur contenu presqu'exclusivement religieux. Il faut descendre au XVII^e^ siècle pour trouver en Moldavie la *Cartea Românească de Invataturi*, confectionnée en 1646 sur l'ordre du prince Basile-le-Loup par le logothète Eustratie, et qui est sans contredit « la première législation roumaine laïque et officielle, promulguée en due forme et revêtue de l'autorité légale » (1) ; d'autre part, en Munténie (ou Valachie), le prince Mathieu Bassarab donna un ordre semblable à Daniel Panonski (ou Panoneanul), qui rédigea en 1652 l'*Indreptarea Legei cu Dumnezeu*. Nous laissons de côté une pravile d'Eustratie, datant de 1632 et traduite d'après un nomocanon grec d'Emmanuel Malaxos, œuvre qui ne fut pas imprimée, de même que la *Pravila dela Govora* traduite du slave par Michel Moxalie en 1640, après avoir déjà été

(1) I. Peretz, *Istoria Dreptului român* (en cours de publication), II, 340.

vraisemblablement traduite une première fois d'après un nomocanon grec publié par COTELERIUS ; à plus forte raison passerons-nous sous silence les lois du prince moldave ALEXANDRE LE BON (1401-1433), qui se serait directement inspiré du droit de JUSTINIEN, attendu que l'existence de ces lois est controuvée. — Pour en revenir aux deux codes de 1646 et 1652, qui présentent d'ailleurs entre eux une ressemblance si frappante qu'on en a déduit une utilisation intégrale du premier par le second, ils offrent ceci de particulier qu'ils ne sont ni l'un ni l'autre des codifications des coutumes du pays, mais des importations étrangères transplantées tant bien que mal dans les principautés roumaines : l'ouvrage d'EUSTRATIE est la traduction d'un abrégé grec de l'œuvre du criminaliste italien PROSPER FARINACCIUS, *Praxis et Theoricae*, précédée de certaines dispositions empruntées aux Νόμοι γεωργικοί figurant dans l'*Appendix Eclogae* ; quant à celui de PANONSKI, il met à contribution la προθεωρία de MATHIEU BLASTARÈS (que le métropolite STÉPHANE s'attribue sans vergogne en guise de préface) et un manuel d'EMMANUEL MALAXOS (différant un peu de celui qui avait été utilisé par EUSTRATIE en 1632), en y ajoutant pour les questions de droit canon un recueil fait sous le règne de Jean Commène par ALEXIS DE RHODES (Aristin) et quelques commentaires d'ATHANASE le Scholastique. Ce ne fut que sous le règne des princes phanariotes, au XVIII^e^ siècle, et par conséquent à une époque relativement récente, que se fit jour la tendance d'accueillir dans les nouvelles compilations de droit, empruntées comme par le passé aux gréco-byzantins, quelques principes de vieux droit coutumier. Dans ces conditions, l'étude des textes du XVII^e^ siècle ne nous révèle pas toujours le vrai droit roumain, d'autant plus que les codes de 1646 et 1652, à en croire les meilleurs auteurs, furent fort peu appliqués, la coutume et le bon-plaisir du prince continuant, comme dans le haut moyen-âge, à avoir le dernier mot. Si nous traitions donc notre sujet uniquement d'après les *glave* (articles) des deux praviles, il en résulterait

une fâcheuse confusion entre la disposition légale, toute platonique et d'origine étrangère, et la véritable règle nationale roumaine. Or, si l'on veut connaître le droit coutumier, on est bien obligé d'aller le chercher, comme l'a fait notre savant collègue M. PERETZ, pour son ouvrage en cours de publication sur l'histoire du droit roumain, non seulement dans les rares documents : jugements, titres de propriété, contrats de donation, etc. qui nous furent conservés, mais surtout dans les traditions du peuple, dans ses mœurs et ses superstitions, dans ses contes, ses légendes et ses poèmes.

4. Les spécialistes ont toujours fait une distinction capitale entre deux sortes de magie : la blanche et la noire, la bonne et la mauvaise, celle qui procure à l'homme certains avantages ou l'aide à conjurer certains maux, et celle qui, tout au contraire, se propose de causer à quelqu'un un dommage physique ou de lui faire subir un préjudice. Sir J.-G. FRAZER, dans son célèbre *Rameau d'Or*, croit pouvoir ramener les principes fondamentaux de la magie à deux : « le premier c'est que tout semblable appelle le semblable, ou qu'un effet est similaire à sa cause ; le second c'est que les choses qui ont été une fois en contact continuent à agir l'une sur l'autre alors même que ce contact a cessé » ; il nomme le premier la *loi de similitude* et le second la *loi de contact* ou de *contagion*, l'un donnant naissance à la magie homéopathique ou imitative, qui se base essentiellement sur la connaissance des philtres et des charmes, l'autre à la magie contagieuse, dont l'application la plus répandue est l'envoûtement (1). Les auteurs n'adoptent pas tous la même terminologie et ne réduisent pas toujours à deux les règles fondamentales de la magie. Il y en a p. ex. qui les ramènent à une idée unique, celle de *substitution*, substitution

(1) FRAZER, *op. cit.*, 15-43. Il est à remarquer que ce livre, d'une richesse de documentation absolument unique, ne contient malheureusement que trois références sur les superstitions roumaines (180, 213, 322), et une quatrième (119) sur une coutume des tziganes roumains.

de la partie au tout (cheveux, ongles, empreintes des pas, représentant le corps entier d'une personne), substitution de l'image à l'objet (envoûtement) (1). Nous pourrions citer encore quantité d'autres systèmes, mais à vrai dire ils ne se distinguent entre eux que par des nuances. Ce qu'il faut retenir, c'est que tous mentionnent la loi d'imitation et celle de cause à effet, et que tous séparent nettement la magie bienfaisante de la magie nuisible.

Est-il besoin de rappeler à cette occasion l'antithèse, chère aux Romains, de *bonus* et *malus*? *Bona fides* et *mala fides*, *dolus bonus* et *dolus malus*, *bonum venenum* et *malum venenum*, *boni mores* et *mali mores*, *beneficium* et *maleficium*. Nous retrouvons la même opposition à propos du crime de magie. Ses pratiques n'étaient considérées comme punissables et ne tombaient sous le coup de la loi que si elles constituaient un *malum carmen*, une *occentatio sine causa* (2). Toute opération magique n'encourait pas de sanction ; écarter, grâce aux incantations, la grêle qui menace les moissons, administrer à un malade un philtre qui le guérira, sont des actes licites (3) ; pour que la loi intervienne il faut que la sorcellerie soit inspirée par le désir de nuire. Ce n'est donc pas le fait de se servir de sortilèges qui, aux yeux du législateur primitif, constituait l'infraction, mais le fait d'en user comme d'une arme, afin de mettre en péril la vie ou la fortune d'autrui.

Les croyances populaires des Roumains font une distinction

---

(1) A. Moret, *Au temps des Pharaons* (1923), ch. VI (La magie dans l'Egypte ancienne), 248 et ss. V. aussi Hubert, v° *Magia*. dans le *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, de Daremberg et Saglio.

(2) Selon un texte célèbre de Paul, *Sent.* V, 23, 15 : *Qui sacra impia nocturnave, ut quem obcantarent defigerent obligarent, fecerint faciendave curaverint, aut cruci suffiguntur aut bestiis objiciuntur.* La même peine était réservée à *qui hominem immolaverint*. Parfois *magi vivi exumuntur*. Des constitutions impériales mentionnent le crucifiement. V. pour le reste Huvelin, *Iniuria*, 408, 432, 439, 448, et *Etudes sur le Furtum* (1915), I, 227.

(3) C. Theod., IX, 16, *De malefic. et mathem. et his simil.*, 3. Apulée. *Apologia*, 40 : *Veteres quidem medici etiam carmina remedia vulnerum norant,*

absolument semblable. L'un des écrivains les plus versés en cette matière, MARIAN, attire l'attention sur certains termes qui paraissent à première vue synonymes et qu'il faut cependant se garder de confondre puisque chacun se rattache à des branches différentes de la magie : *descântece*, *vraji*, et *farmece* (1). On entend par *descântece* (dont le verbe *descântare* dérive, ainsi que le français enchantement et incantation, du latin *cantare* qui donna naissance à *incantare*, *excantare*, *occentare*) des formules, le plus souvent en vers, employées seules ou à la suite de certaines cérémonies afin de guérir les maladies des gens et des bêtes. Les *farmece* (du grec φάρμακον) sont également des formules magiques grâce auxquelles on peut paraître beau, sympathique, séduisant, et gagner ainsi l'amour de quelqu'un. Quant aux *vraji*, elles servent à imposer à autrui une volonté étrangère, à lui faire accomplir certaines choses contre son gré, à semer la discorde entre fiancés ou époux, à ravir le sommeil des enfants, à faire tarir le lait des vaches ; il s'agit donc de mauvais charmes, de rites magiques nuisibles, que les Romains auraient qualifiés de *maleficia*, *dirae precationes*, *sacra impia*, *letifica*, *nocturna*. Tandis que les *descântece* et les *farmece* se font en invoquant les bons esprits, la Sainte-Vierge ou les saints, à l'aube, et en employant des objets ou ingrédients d'une pureté absolue : basilic, eau, myrrhe, etc., les *vraji* s'adressent à Satan, aux démons, aux striges, se font de nuit, et utilisent des objets impurs (*spurcate*) : plantes vénéneuses, os d'un mort, fumier, etc. A la vérité, la classification de MARIAN a été critiquée et l'on a proposé d'établir une séparation entre les *descântece* d'une part, et les *farmece* et *vraji* en bloc d'autre part, les premiers désignant l'incantation, la formule magique, les autres ayant trait au sortilège, au

(1) *Descr. Mold.*, v° *Deskyntek* : *Aliud incantamenti genus, quo cunctos morbos, qui non sint lethiferi, sanari posse autumant.* V° *Farmek* : *Incantamenti genus est inter rusticos usitatum, quo mulieres amasios suos sibi devincire, aut quos odio prosequuntur in furorem agere posse existimant.*

remède, à l'opération même (1). Nous ne prendrons pas parti dans la controverse, puisque nous voulions simplement démontrer que les Roumains connaissaient les deux sortes de magie.

Signalons avant de finir l'existence d'un autre terme, moins sujet à discussion : *desfacere* (dont le substantif est *desfacut*) (2). De même qu'en latin on oppose *solvere* à *ligare* ou à *nectere*, *non facere* à *facere*, etc. au double sens magique et juridique (3), de même en roumain *desfacere* est le contraire de *facere*. On « fait » (le reste de la phrase est sous-entendu) un sortilège, on jette un mauvais sort à quelqu'un, et on « défait » ce qui a été fait, on paralyse les effets de la conjuration magique ; ainsi l'épouse délaissée, la jeune fille dédaignée, si elles s'imaginent être les victimes d'un sort jeté par une rivale jalouse, « défairont » ce charme malfaisant en usant presque toujours d'incantations et de rites fort compliqués dont le principal repose sur l'emploi de l'eau puisée à l'aube et sans qu'on ait été vu par âme qui vive *(apa neînceputa)* (4). Le

(1) S. Fl. Marian, *Vraji, farmece, si desfaceri* (*Analele Academiei Române, seria* II, tom. XV, extras, 1893). Zane. *Proverbele Românilor*, VI, 542 ss. Hodos, *Descântece* (1912). Gorovei, *Despre descântece*, dans la revue *Sezatoarea*, 1923, 121 ss. Cf. aussi Gaster, *Literatura populara* (1883), 406-429.

(2) Marian, *op. cit.*, 13 ss., 127-237. Lupascu, *Medicina babelor* (extras din *Analele Academiei Române*, seria II, tom. XII, 1890), 47. Sur la *fattura* italienne (roum. *fapt*), Giggi Zanazzo, *Usi, costumi e pregiudizi del popolo di Roma* (1908), 109-111.

(3) La loi de symétrie ou de parallélisme permet au sorcier de réparer le mal causé par une opération magique, d'écarter les effets redoutables des sortilèges. Lenormant, *La magie chez les Chaldéens et les origines accadiennes* (1874), 56. Jobbé-Duval, *op. cit*, 179. V. p. ex. Virgile, *Bucoliques*, Eclog. VIII, 95-96. Horace, *Odes*, I, 27, 21-22, etc. et la scolie de Porphyrio. Est-il nécessaire de rappeler les dictons juridiques qui traduisent la même idée? *Omnia quae jure contrahuntur contrario jure pereunt* (Gaius. D., 50, 17, *De R. J.*, 100) ; *nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est* (Ulpien, D., *h. t.*, 35) ; *prout quidque contractum sit, ita et solvi debet* (Pomponius, D., 46, 3, *De solut.*, 80). V. Huvelin, *Tabl. mag.*, 51.

(4) Cette importance accordée à l'eau puisée de la sorte nous semble un vestige de l'antique *lustratio*. Il faut être parfaitement pur au moment de la cérémonie magique ; or, l'*aqua lustralis* purifie tout, lave toute souillure,

même parallélisme s'observe pour le « liement » et le déliement *(legatura* et *deslegatura)* (1), pratique immémoriale et, à notre avis, extension dans le domaine psychique d'un tabou primitif sur les nœuds. On sait que le *flamen Dialis* « ne pouvait avoir un nœud dans aucune partie de ses vêtements, ni porter de bagues ou des anneaux à moins qu'ils ne fussent brisés » ; PLINE (*H. N.*, *XXVIII*, 17) affirme que, même de son temps, *assidere digitis implexis veneficium est. Pejus, si circa unum ambove genua. Item poplites alternis genibus imponi.* Ce geste de mauvais augure devait être évité en présence des femmes enceintes ou des malades ; il était défendu de le faire dans les conseils de guerre, les assemblées des magistrats, au moment des sacrifices ou des libations (2). Cette croyance au pouvoir mystérieux des nœuds et des liens, qui « attachent » selon les principes de la magie homéopathique ou imitative, existe presque partout et implique la croyance au pouvoir

---

mais pour que l'eau soit considérée comme telle, il est nécessaire qu'elle soit puisée à la source et non amenée par des tuyaux. La *mola salsa* ne pouvait être préparée qu'avec cette eau ; à la fête des *Palilia* (conservée chez les Roumains sous le nom de *Palie*), du 21 avril, à celle des marchands (*mercuriales*), du 15 mai, l'eau lustrale jouait un rôle considérable. BOUCHÉ-LECLERCQ, v° *Lustratio*, Dict. de DAREMBERG et SAGLIO. Sur le rôle de l'eau dans les conjurations magiques de l'Inde antique, v. HENRY, *op. cit.*, 49.

(1) *Descr. Mold.*, v^is^ *Legatura* et *Dislegatura*. *Legatura est genus fascini, quo sponsum impediri ferunt, ne cum sponsam rem habere possit. Eadem etiam lupos aliaque animalia ferocia vinciri posse credunt, ne ovium boumque gregibus damnum inferant. Dislegatura est solutio hujus legaturae fascini conjugalis quam aliis fortioribus magicis artibus obtineri posse credunt.* Les expressions sus-mentionnées proviennent du verbe roumain *legare* : lier, rappelant les termes latins *ligare, obligare, perobligare, deligare* (en grec καταδεῖν), si fréquents dans les *defixiones*. V. HUVELIN, *Tabl. mag.*, 32 ss. AUDOLLENT, *Defixionum Tabellae* (1904), LV. N'oublions pas que Δαμναμενεύς, le *Divus Nodens* de certaines inscriptions latines, est le « dieu qui lie », identifié dans le culte orphique au Soleil et à la Nécessité. Cf. HUVELIN, *ibid.*, 38-39. AUDOLLENT, ibid., XCIII et XCVI. ARON, *Les Vestales et le Flam. de Jupiter* (1903), 14.

(2) FRAZER, *op. cit.*, 164, 223-228. Il y a aussi, mais à titre exceptionnel, des nœuds bienfaisants (*ibid.*, 226). Cf. LENORMANT, *op. cit.*, 38-39 ; LUPASCU, *op. cit.*, p. 36. Dans la campagne romaine, lorsqu'on parle d'une sorcière, on se croise les jambes ; GIGGI ZANAZZO, *op. cit.*, 107.

efficace du geste contraire : ouvrir les serrures, tirer les verrous, laisser pendre les cheveux sur le dos, défaire le nœud (1). Parfois ce procédé de délivrance se transforme en arme offensive grâce à laquelle on renvoie le mauvais sort à la personne qui l'a jeté (le *choc en retour* (2) des thaumaturges modernes).

Nous nous excusons d'un si long préambule, mais ces explications, que nous avons écourtées dans la mesure du possible, étaient indispensables à l'intelligence des textes de l'ancien droit roumain.

5. Le législateur de 1652 nous explique ce qu'il faut entendre par sorcier *(vrajitor)*. « Le sorcier, dit la glava 328 (en reproduisant le canon 65 de St-Basile), et l'homme qui fait fondre de la cire, du plomb, de l'étain, qui empêche l'époux et l'épouse d'avoir des relations, ou se livrera à toute autre sorte de sorcellerie, ne pourront communier pendant 20 ans. Et sachez qu'on nomme sorciers ceux qui appellent les diables et font des sorcelleries afin de mener les gens à leur perdition ». Bien que l'on semble faire une distinction entre ces deux personnages, il ne s'agit en réalité, la fin de la phrase le prouve, que d'un seul et même individu. La peine qu'on leur inflige paraît, au premier abord, assez insignifiante ; si l'on songe toutefois au prestige de la religion à cette époque, le châtiment apparaîtra sous un aspect différent. Nous pouvons supposer en outre qu'une peine criminelle s'ajoutait à la sanction spirituelle et qu'elle devait être des plus sévères. Cette conjecture s'appuie sur un document, le seul que nous possédions sur les procès de sorcellerie dans l'ancien droit roumain, datant du 20 juillet

---

(1) Lupascu, *op. cit.*, 28. V. sur l'incantation *de descuiat* où l'on aide une femme à mettre l'enfant au monde en plongeant un cadenas (ou 9 cadenas) dans une terrine remplie d'eau, en le fermant et puis en l'ouvrant trois fois, *Culegere de descântece din judetul Romanati* de MM. Daniil Jonescu et A. Daniil, I (1907), 109 ss., II (1908), 87.

(2) V. les belles pages de J.-K. Huysmans, dans *Là-Bas*, sur le *sacrifice de Melchissédec*, et les détails qu'il donne sur deux églises, Notre-Dame de Retour et celle de l'Epine.

1761 ; il s'agit d'un procès-verbal, du reste incomplet (la cause ayant été remise pour permettre à l'une des parties de comparaître), où il est dit incidemment que « ce genre d'affaires comporte une peine extrêmement grave » (1).

6. Remarquons tout de suite l'énumération des faits dont le sorcier est capable : « il fait fondre de la cire », allusion évidente aux figurines de cire destinées, selon une coutume répandue un peu partout, à la cérémonie de l'*envoûtement*. Comme l'envoûtement est universellement connu, bornons-nous à observer que le fait de fabriquer une poupée de cire, qui représente le corps d'un ennemi, et de la frapper, de la transpercer à l'aide de clous ou d'aiguilles, de lui briser un membre, de l'exposer au feu, est le procédé le plus simple de magie imitative, l'effigie se substituant à la personne, et les différents attouchements, brûlures, ou piqûres qu'on lui fait subir se répercutant automatiquement sur l'individu même. THÉOCRITE nous montre une « sorcière faisant fondre une image ou de la cire pour que son amant infidèle se consumât d'amour pour elle », et la littérature latine nous fournit à son tour de nombreux exemples d'envoûtement, car les Grecs et les Romains et, avant eux, les Indiens, les Babyloniens, les Egyptiens, etc., connaissaient fort bien ce rite magique qui de nos jours est encore pratiqué couramment non seulement par une multitude de peuplades sauvages, mais aussi par tous les peuples européens sans exception (2). Quantité de formules roumaines en

(1) Ce document a été publié par M. KIRILEANU dans la revue *Ion Creanga* (1908), 67, par M. STEFANELLI dans ses *Documente din vechiul ocol al Câmpulungului Moldovenesc* (1915), 65, et reproduit dans la *Sezatoarea*, 1923, 67-68.

(2) FRAZER, *op. cit.*, 41. LENORMANT, *op. cit.*, 57. AUDOLLENT, *op. cit.*, LXXV-LXXXII. MORET, *op. cit.*, 265. Cf., entre beaucoup d'autres, la satire bien connue d'HORACE sur le tronc de figuier qui assista aux sorcelleries de CANIDIE et de SAGANA (*Sat.*, I, 8, 30-32) : *Lanea et effigies erat, altera cerea* ; *major* — *Lanea, quae pœnis compesceret inferiorem.* — *Cerea supplici ter stabat...* Pour l'ancienne superstition roumaine, v. le *Dictionnaire* manuscrit du grand vornic IORDAKE GOLESCU, (v° *Vraja*) publié par KIRILEANU, dans *Sezatoarea*, 1922, 144.

font mention ; pour ne citer que deux vers d'un très long *descântec* publié par MARIAN, on y trouve ce vœu : « de même que la cire fond au feu, de même que telle personne se consume ». Dans certaines autres incantations dont on se sert pour « retourner » le mauvais sort contre celui dont il émane, on remplace la statuette de cire par un morceau de bois que l'on découpe dans un tronc d'arbre ; on l'habille comme une poupée, on lui noue un fil autour de la taille, et on y rive ensuite des cercles de bois ou bien on y enfonce sept pointes ou sept clous, ce qui provoquera infailliblement chez l'envoûté des douleurs aiguës et même la mort (1).

Le sorcier fait aussi fondre, avons-nous vu, du plomb et de l'étain. Nous ne nous attarderons pas sur l'emploi du plomb dans les sciences occultes, car de toute antiquité ce fut le métal magique par excellence. Consacré à Kronos, le dieu déchu qui amassa en lui la haine et le désir de vengeance, le plomb ne pouvait être utilisé que dans la magie noire, et puisque Saturne, le *sidus triste*, la *stella nocens*, était la planète à laquelle le liaient de mystérieuses affinités, il attire et propage le malheur. Aussi l'employait-on pour en fabriquer les accessoires magiques, les boîtes à drogues, et surtout les *defixionum tabellae* sur lesquelles on gravait les formules de malédiction à l'aide d'un stylet d'airain pour que la main du scripteur ne vint pas en contact avec le métal funeste. Au reste, la nature malléable du plomb, qui permettait de le plier et d'y tracer très facilement les paroles ou les signes voulus, contribua vraisemblablement à en répandre l'usage (2). L'étain est, dans les *descântece* roumains, d'un usage presque aussi courant que le plomb, tout en étant, contrairement à celui-là, un métal de bon augure. Remède d'une portée générale et s'adaptant à toutes les mala-

(1) MARIAN, *op. cit.*, 201 : *Cum se topeste ceara de foc.* — *Asa sa topeasca omul,* et 143-147 (*Desfacerea Ursitei*).

(2) HUVELIN, *Tabl. mag.*, 21. AUDOLLENT, *op. cit.*, XLII-XLIX. HOPFNER *Offenbarungszauber*, I, §§ 605-611.

dies, spécialement à la fièvre, on fait fondre l'étain dans l'âtre et on le plonge ensuite dans une terrine contenant de l'eau, ce qui permet tout d'abord au sorcier ou à la sorcière *(baba, doftoroae)*, car c'est celle-ci qui joue généralement le rôle de rebouteuse, de savoir si le malade peut guérir ou doit succomber ; si ce premier examen est favorable, on place la terrine aux pieds du patient ou bien on lui fait goûter l'eau ainsi préparée (1). L'empreinte hellénique est indéniable ; de même que le κασσίτερος, consacré à Hermès, protège contre les mauvais charmes ceux qui s'en font des amulettes, de même notre *cositor* exerce une action bienfaisante. Cette bonne action du sorcier ne devrait donc point être punie par la loi ; s'il en va autrement, c'est sans doute parce qu'il faut se méfier de toute activité d'un individu suspect, même si en apparence les résultats en sont favorables, car on paie tôt ou tard, et fort cher, ce que l'on doit aux puissances du mal. Nous trouvons une application de la même idée dans la gl. 6, § 14 du Code moldave, et dans la gl. 89, § 14 de la pravile de Mathieu Bassarab : celui qui découvre un trésor grâce à la magie ou aux démons n'y a aucun droit (2).

7. La loi mentionne également le pouvoir du sorcier de « lier » les époux pour les empêcher de s'unir (cf. l'expression française médiévale « nouer l'aiguillette »). C'est là un attribut classique de ce personnage qui a toujours pu, depuis les temps les plus reculés, frapper de frigidité ou bien ranimer l'ardeur de ceux qui l'implorent... et le paient (3). Mentionnons pour finir, et sans insister davantage, certains dons du sorcier, p. ex. celui d'interpréter la position des astres (astrologie) et de

(1) Jonescu et Daniil, *op. cit.*, (*Descântece de cositor*), II, 47-48, 80. Gorovei, *Sezatoarea*, 1923, 185, et *Materialuri folkloristice*, I, 653.

(2) Cf. Hopfner, *op. cit.*, II, § 361. L'endroit où se trouve un trésor est indiqué par un feu follet (*Sezatoarea*, 1922, 198, 213, 240).

(3) Ceci dépend. Certains peuples croient que le fait de recevoir de l'argent détruit la puissance magique. En Roumanie on s'imagine le contraire : *Sezatoarea*, 1923, 134.

dresser des horoscopes. On prédit du reste l'avenir non seulement d'après les mouvements des étoiles, mais aussi par les procédés de la craie, du miroir, du tarot, des grains et du coquillage *(ghioc)* (1). L'emploi de ce dernier se rattache à la superstition gréco-romaine des prophylactiques contre le mauvais sort (προβασκάνια, *res praefascinandae*) à caractère grossier ou obscène : dessins et amulettes figurant un homme accroupi, bijoux et pendeloques en forme de phallus, gestes simulant les organes génitaux et l'acte de la copulation, tels que l'introduction du pouce entre le médius et l'index, ou l'allongement du médius tous les autres doigts étant repliés. Or, parmi les amulettes qui défiaient les influences néfastes, figurent assez souvent des bulles ou des colliers représentant des coquillages, précisément « à cause de l'aspect que leur donne la fente qui en divise la surface » (2). — Quelques mots toutefois sur le pouvoir du sorcier d'« invoquer les démons ».

8. Le sorcier ou la sorcière jouissent d'une puissance surnaturelle grâce à l'aide qu'ils reçoivent des esprits infernaux ou de l'âme des trépassés. C'est en se servant de ceux-ci qu'ils peuvent commander aux éléments, changer le cours de la destinée, connaître l'avenir, envoyer à quelqu'un la maladie et la mort. Les peuples primitifs s'imaginent que les maux qui s'abattent sur eux sont le résultat de la magie. A leurs yeux, « la mort n'est jamais naturelle », elle ne peut être que le produit de la sorcellerie ou de la colère des esprits ; si un homme meurt, c'est qu'il a été victime d'un sort ; s'il est dévoré par un animal, ce n'est pas celui-ci qui est coupable, mais le sorcier qui a provoqué ce meurtre ; si un guerrier est tué d'un coup de lance, « c'est parce qu'il a perdu son habilité à parer ou à éviter la lance par l'effet de la magie malveillante d'un membre de sa propre tribu » ; tout est dû à « l'omniprésence des esprits,

(1) Lupascu, *op. cit.*, 90-91.

(2) Cagnat, *Manuel d'archéologie romaine*, II (1920), 192, 197, et les références.

maléfices et sortilèges toujours menaçants dans l'ombre, aux morts étroitement mêlés à la vie des vivants » (1). — Le législateur roumain devait, lui aussi, prévoir dans son énumération l'appel des démons. Nous employons à dessein le pluriel, car le sorcier ou sa compagne ne s'adressent pas uniquement à Satan, qui est trop grand seigneur pour se déranger toujours en personne. Bien que la sorcière soit, selon la plaisante expression populaire, « plus forte que tous les diables réunis », qu'elle brime et rudoie quand l'envie lui en prend, les esprits du mal qu'on invoque d'ordinaire sont des sortes de démons inférieurs, des diablotins *(spiridusi)* (2). La démonologie chaldéene les connaissait déjà, les groupait en cinq classes et distinguait même une autre sorte d'esprits malfaisants « plus directement mêlés aux incidents ordinaires de la vie terrestre, qui agissent habituellement sur l'homme, lui tendent des embûches incessantes et causent ses maux » ; les Syriens, Hébreux, Chinois, Grecs, Romains et Musulmans croyaient pareillement aux anges déchus, génies, demi-dieux, héros, ἄρχοντες, κοσμοκράτορες *di inferi*, djins, etc. (3).

Si, dans la plupart des cas, les démons s'emparent du corps de l'homme pour le faire souffrir et pour forcer l'âme à quitter son enveloppe terrestre, ils peuvent en d'autres occasions se contenter d'y habiter : c'est la *possession* (le « dédoublement

(1) Lévy Bruhl, *op. cit.*, 23, 85, et d'une façon générale chap. I et II. Frazer, *op. cit.*, 185, 514, etc. Cf. les idées analogues professées à ce sujet par les Romains qui s'imaginaient également que « l'accident révèle l'hostilité des puissances invisibles » et qui « rangeaient les victimes parmi les *larvae* », Jobbé-Duval, *op. cit.*, 82. Les mêmes superstitions sont partagées d'une façon *absolument identique* par nos populations rurales ; Gorovei, *Sezatoarea*, 1923, 197.

(2) Marian, *op. cit.*, 10, n. 1. Gorovei, *Sezatoarea*, 1923, 72, 80 et les références.

(3) Lenormant, *op. cit.*, 28. Maury, *La magie et l'astrologie dans l'antiquité et au moyen-âge* (1866), 200 ss. Hopfner, *op. cit.*, II, §§ 85-86. Cf. chez les Allemands la croyance aux Kobolds.

de la personnalité » des modernes). On connaît la superstition, si répandue dans l'antiquité et au moyen-âge, de la possession et des possédés. Le code de 1652 s'occupe de cette hypothèse en deux endroits. La gl. 92 (d'après le canon 77 des Apôtres) décide que « si quelqu'un est possédé, il ne pourra point faire partie du clergé, ni se mêler aux fidèles, ni prier avec eux jusqu'à ce qu'il soit guéri de cette maladie», afin que les personnes venues à l'église ne fussent pas effrayées par les propos qu'il pourrait tenir ; lorsqu' « un prêtre s'évanouit et tombe », il n'en résultera au contraire rien de fâcheux, il pourra baptiser, procéder aux mariages, etc., mais il ne pourra plus célébrer la messe. Nous croyons, sauf erreur, qu'on y visait la crise de démence et non pas le simple évanouissement, qui n'offrait rien de mystérieux et n'aurait pu donner lieu à une sanction, mais une certaine forme d'épilepsie. Il ne s'agit pas là bien entendu de la crise convulsive à grand fracas (dont nous parle p. ex. la gl. 234) mais de ce qu'on appelle parfois le « petit mal », la crise sournoise, d'une durée souvent infime, sans phénomènes convulvulsifs, qui par son caractère de soudaineté demeure inexplicable aux yeux du profane. — Les Romains considéraient déjà le fou comme un démoniaque ; son corps est habité par un esprit qui le pousse à commettre toutes sortes d'actes, dont il est irresponsable puisque ce n'est plus lui, mais un autre qui agit à sa place. Selon qu'il était possédé par les larves, par Cérès, par les divinités des sources ou par les Furies, on distinguait le *larvatus* du *cerritus*, *lymphatus*, ou *furiosus* au sens strict. La transition de la folie à l'épilepsie est des plus naturelles, car l'épileptique *(lunaticus)* est également un démoniaque placé sous l'influence de la lune, et l'on sait que Hécate est à la fois une déesse lunaire et infernale. Si le droit augural avait décidé que les comices seraient interrompus dès que surviendrait une manifestation du haut mal *(morbus sacer, divinus, major, comitialis)*, et si l'attaque d'épilepsie faisait partie des *dirae*, signes funestes, c'est qu'il voulait éviter à l'assemblée du peuple la souillure causée par le contact des larves

qui possédaient le corps de l'épileptique (1). — L'autre disposition reproduit la *nearaua* (constitution 111 et 112 de l'empereur Léon le Sage); c'est la gl. 233 : si, avant le mariage, le mari ou la femme étaient possédés, ils doivent immédiatement se séparer et attendre la fin de cette épreuve; un délai de trois ans est imparti pour la possession de l'épouse et de cinq ans pour celle de l'époux. Si la possession se manifeste après le mariage, les mêmes délais devront être respectés. Le Code de BASILE-LE-LOUP, gl. 66, § 3, contient un passage, reproduisant un épisode conté par St-Grégoire, où il est question d'un cas de possession plus redoutable : afin de punir un jeune enfant, les démons l'arrachèrent à ses parents et l'emportèrent avec eux.

Signalons à ce propos une ressemblance frappante entre les termes latins et roumains qui expriment l'emprise des esprits sur l'âme ou l'intelligence de quelqu'un. Le fou, étant la proie des mauvais esprits, n'est plus qu'un corps sans âme ; les dieux ont emporté celle-ci : *Furor*, dit CICÉRON, *appellatus cum a corpore animus abstractus divino instinctu concitatur.* La personnalité est donc abolie, la volonté disparue, passée à un autre, *mens est alienata* ; c'est pourquoi les jurisconsultes classiques comparent le fou à un homme endormi, à un absent, et même plus qu'à un absent, à un mort. *Furor*, de même que *fur*, dérive de *ferre*, prendre avec soi, emporter. L'intelligence du fou est dérobée par les divinités vengeresses, le fou n'est plus lui-même, *suus non est* (dit un texte relatif à la *latitatio*) ; étant chassé en quelque sorte hors de son corps, son esprit lui échappe, il n'en plus maître, *suae mentis non est* (2). Si le

(1) ISIDORE DE SÉVILLE, *Orig.*, IV, 7, 6. APULÉE, *Apol.*, L et LI, nie cependant le caractère surnaturel de la maladie et, dans l'intérêt de sa défense, l'explique d'une façon toute matérielle. V. sur toutes ces questions les détails abondants que donne M. JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, 21, 117, 132, 167, etc. Cf. LENORMANT, *op. cit.*, 30 ss. ; AUDIBERT, *Etudes sur l'histoire du droit romain*, I (1892), *La folie et la prodigalité*, 40 ss.

(2) CICÉRON, *De divin.*, I, 31, 61 ; II, 48, 100. JULIEN, D., 19, 7, *De jure codicill.*, 2, 3. PAUL, D., 50, 17, *De R. J.*, 124, 1. ULP.EN, D., 47, 10

terme *alienatie mintala* n'a rien de bien particulier, puisqu'on le retrouve dans d'autres idiomes, l'expression *nu este in mintile sale* semble être la traduction littérale d'Ulpien. Le peuple désigne aussi le dément par la périphrase *este luat de Iele* : il est pris, ravi, emporté par les Iele (fées pareilles aux ἐλαι, Vilas, Roussalkas, Elfes) (1).

9. Les démons ne sont pas les seuls messagers du sorcier. Celui-ci peut aussi s'adresser, nous l'avons vu, à l'âme des morts. Parmi les morts qui sont le plus enclins à lui obéir, figurent en premier lieu les trépassés de fraîche date. Suivant la croyance populaire, prise à son compte par le législateur (*Indreptarea Legei*, gl. 162), dès que la mort survient, l'âme, sous la protection de l'ange gardien, reste encore sur terre deux jours « pour errer de ci de là ». Sans doute la présence de l'ange n'est pas toujours efficace, et l'âme vagabonde-t-elle ici-bas plus de deux jours, car c'est à elle que le sorcier ou la sorcière vont avoir recours afin d'exercer leur art. Cela arrivera p. ex. lorsqu'on aura oublié de placer une *para* (piéce de monnaie) dans la bouche du défunt, puisqu'en ce cas l'âme ne trouve pas de repos — survivance d'une croyance païenne bien connue : le denier déposé dans la bouche du mort pour payer Caron, le nautonier des Enfers. Peut-être faut-il voir le motif de ce concours que le nouveau mort prête si volontiers à celui qui le lui demande, dans le regret qu'il éprouve de quitter le monde et dans le sentiment de haine qui en découle ; il n'attend que

---

De injur., 17, 11. Ulpien, D., 1, 16. *De officio procons. et leg.*, 9. 5 (Cf. Festus, v° *Piari · cum mentis suae non sunt*). Paul. D., 3, 3, *De procur. et defens.*, 2, 1. Audibert, *op. cit.*, 19-20, 40-43. Appleton, *Rev. génér. du droit, de la législ., et de la jurispr.*, 1893, 136 ss. Jobbé-Duval, *op. cit.*, 118-123, 134-136. 193. Pour les superstitions égyptiennes et chaldéenes, Lenormant, *op. cit.*, 30 ss., 83.

(1) Les Iele (« elles », car on craint de les nommer) frappent aussi de paralysie les gens qui dorment dans les bois, à l'endroit de leurs rondes, ou qui passent inopinément dans la partie de la forêt réservée à leurs danses. G. Dem. Theodorescu, *Poesii populare române* (1885), 380. Elefterescu, *Sezatoarea*, 1922, 137-139.

l'occasion d'entraîner un vivant avec lui (1). Ce sont là des superstitions particulièrement répandues chez les Gréco-Romains. Les nouveaux morts, bien que ne formant peut-être pas une classe distincte, sont redoutables parce qu'ils souffrent pendant la décomposition de leur corps, ce qui, naturellement, les incite à passer leur colère sur les vivants. En outre, le sort de l'âme étant lié à celui du corps, en ce sens que les mutilations et la privation de sépulture dont celui-ci était l'objet se répercutaient sur celle-là, non seulement sous forme de blessures correspondantes, mais encore en l'empêchant de goûter au repos éternel et de figurer parmi les *quiescentes animae*, l'esprit des supplicés gardait un profond ressentiment à l'égard de la race humaine et n'opposait aucune résistance aux objurgations du sorcier ; il en était de même, mais à un degré moindre, de l'âme des gens assassinés, des suicidés, des enfants décédés en bas-âge (2).

Le folklore roumain contient une foule de détails sur les revenants et les fantômes *(naluci, stafii)* qui, à l'appel du nécromancien, s'en viennent torturer ou tuer les vivants ; le nom sous lequel on les désigne généralement est celui de *strigoï* (ou *moroï*). Démètre Cantémir nous dit, dans sa *Descriptio Moldaviae*, que *Striga, a graeca voce* στρίγλη, *idem quod apud Romanos etiam hodie inter Moldavos denotat, venefica nimirum vetula, quæ diabolica virtute infantes neonatos, ignotis modis interimat*, mais, à son habitude, le prince moldave n'envisage qu'un cas isolé. En effet, cette dénomination a un sens beaucoup plus étendu, bien qu'il ne soit point partout le même. Le plus souvent les *strigoï* sont des âmes désincarnées qui assouvissent leurs mauvais instincts en prenant l'apparence d'un loup ou d'un chien (3). D'autres fois ce sont des âmes ou des

(1) Lévy-Bruhl, *op. cit.*, 62. Frazer, *op. cit.*, 31, 174.

(2) Jobbé-Duval, *op. cit.* 7, 11, 17, 65, 71-73. Hopfner, *op. cit.*, I, § 350.

(3) Balan, *Sezatoarea*, 1922, 238. Visarion, *Dracii si strigoi* (1905). Cf. Frazer, *op. cit.*, 421-426, « L'esprit du blé comme loup et chien ».

démons qui s'emparent d'un cadavre encore chaud, y pénètrent, et prennent ainsi une forme humaine (1) ; parfois ils se tiennent à l'écart des gens et ne rôdent que la nuit jusqu'au chant du coq, mais il peut encore se faire qu'ils se mêlent aux mortels sans susciter le moindre soupçon et, en pareil cas, ce n'est qu'à certains détails qu'on les reconnaît.

La trame de ces croyances est de pure origine latine. Il suffit de se rappeler les idées qui avaient cours à Rome sur les *umbrae errantes*, les âmes qui errent sans repos et qui sont hostiles aux hommes. On distinguait les *lemures* des *larvae*, des *maniae* et des *striges*, mais la terminologie n'était pas invariable et le classement des morts malfaisants dans ces différentes catégories prête parfois à discussion. Les *larvae* pouvaient se comporter comme des vampires suceurs de sang, spécialement quand il s'agissait d'enfants au berceau, mais c'était là le plus souvent, comme le dira au XVIII^e^ siècle Cantémir, le méfait des *striges*. On entendait par *striges* les mauvais esprits et par *strigae* les sorcières qui prenaient l'apparence des oiseaux de nuit, chouettes ou hiboux. Il arrivait néanmoins que les larves se manifestassent aussi sous forme d'animaux : Pausanias vit à Témésa du Bruttium un tableau représentant le compagnon d'Ulysse, Polités, transformé en loup après son trépas, qui luttait sous cet aspect de bête féroce contre l'athlète Euthymos, fils d'Astiklès (2). D'autres fois, au lieu de se muer en loup,

(1) *Sezatoarea*, 1922, 250. Superstitions identiques et formule d'incantations chez les Egyptiens et Chaldéens, Lenormant, *loc. supra cit.* — Le *strigoï* se nomme quelquefois *vidma* (emprunt fait aux Slaves, qui croient à la *vyedma*) ou *mama padurei* (mère de la forêt). V. Elena Niculita Voronca, *Datinele si credintele poporului român*, I, 515, citée dans la *Sezatoarea*, 1923, 26.

(2) Polités, ayant violé une jeune fille de Témésa, avait été tué par les habitants de la ville ; son ombre se vengeait en étranglant les gens. L'oracle de Delphes ayant conseillé de l'apaiser en lui livrant chaque année la plus belle vierge de la cité, ce sacrifice volontaire dura jusqu'au jour où Euthymos, auquel on éleva plus tard une statue à Olympie, jeta la larve à la mer et épousa la jeune fille. Pausanias, V, 6-12 ; Strabon, VII, 255 ; Hopfner, *op. cit.*, I, § 335 ; Jobbé-Duval, *op. cit.*, 34, n. 1 et 111 ; Tambornino, *De antiquorum daemonismo* (1909), 87.

l'esprit malfaisant pouvait métamorphoser de la sorte un vivant, tout au moins pendant la nuit ; les légendes et les contes roumains mentionnent la faculté que possèdent certains sorciers de se transformer eux-mêmes en loups-garous pendant la nuit (1) et de reprendre leur forme humaine à l'aube, « en faisant trois culbutes ». C'est la *lycanthropie*, dont le souvenir est attesté à Rome par le culte de Jupiter Lycaonius et la fête des Lupercales. — Quant au chien, il figure dans le cortège nocturne d'Hécate, reine des larves, et c'étaient de jeunes chiens qu'on sacrifiait à la sombre déesse, dans les carrefours *(compita)*, pendant le dernier jour du mois ; c'étaient toujours des chiens qu'on offrait à Mania, mère des Lares, ou à Genita Mana, afin que la mort s'éloignât des habitants de la maison ; enfin, le *flamen Dialis* devait s'abstenir de toucher, de regarder et même de nommer cet animal. Il est donc tout naturel que loup et chien fussent adoptés par les striges (2).

Quoi qu'il en soit, l'*Indreptarea Legei* de 1652, gl. 378, contient une disposition relativement à « ce qu'il faut faire au mort qu'on découvre strigoï et qu'on appelle *vîrcolac* ». Ce texte, fort long, met en garde les fidèles contre la croyance que certains morts, dont les cadavres ne pourrissent point et continuent à contenir du sang, pussent sortir du tombeau, devenir strigoï et tuer les vivants ; il ajoute néanmoins qu'il y a là une apparition diabolique et que seuls les corps des excommuniés ne se corrompent pas (3). Ceci prouve le bien-fondé d'une

(1) *Descr. Mold.* : *Tricolicz idem est quod Gallis Loup-garou ; credunt homines magica arte in lupos aliaque animalia converti posse, eorumque naturam adeo induere, ut homines aeque ac greges invadant et dilacerent.*

(2) Macrobe, *In somn. Scip.*, XIX, 5; Lactance, *Div. Inst.*, II, 2. Jobbé-Duval, *op. cit.*, 30, 184-185. Hopfner, *op. cit.*, I, § 333 : (Eine solche Seele) erscheint schattenartig in Gestalt eines Tieres ... als bösartige Giftschlange oder als wütender Hund. Cf. *ibid.*, § 367.

(3) Le texte parle de *circolaci*. On entendait par là des sortes de vampires semblables aux *vrykolakas* des Grecs modernes; Jobbé-Duval, *op. cit.*, 18, 212, et les auteurs cités en note. Peut-être le nomocanon dont Lawson (*Modern Greek Folklore*, 1910, 364-368) ignore l'auteur est-il celui qui a été reproduit par notre pravile, qui l'attribue au *divin patriarche Postnicul.*

réflexion qui a été souvent faite, à savoir que l'accomplissement des rites magiques était l'objet de mesures répressives de la part de l'Eglise et du législateur, non pas en tant que superstition dangereuse, puisqu'évêques et rois y croyaient, mais en tant que trouble apporté à l'ordre public ; le sorcier étant le dépositaire de secrets redoutables, il fallait l'empêcher de nuire.

Le sorcier pouvait enfin s'adresser aux âmes de ceux qui ont péri de ce qu'on nomme une *mauvaise mort*. M. JOBBÉ-DUVAL a étudié d'une façon très complète le sujet à Rome. Il a démontré que, suivant en cela les superstitions grecques, empruntées elles-mêmes aux Egyptiens (1), les Romains attachaient une très grande importance à la façon dont la mort s'était produite. Si le trépas avait été une bonne mort, une *mors proba, fatalis, ordinaria, placida, merita*, l'âme jouissait du repos éternel et faisait partie des *quiescentes animae* ; si la mort n'avait pas été naturelle, mais *immatura, ante diem, extraordinaria, misera*, ou non suivie de sépulture rituelle, l'âme menait une existence misérable et humiliée, tout en nourissant un amer ressentiment à l'égard des vivants. On se souvient que ces larves deviennent les meilleurs auxiliaires des sorciers qui s'en servent pour expédier à distance le mauvais sort et même pour tuer leurs victimes (2) ; les maléfices dont elles se chargent de si bonne grâce expliquent le grand nombre de *tabellae defixionum* que l'on trouve dans les tombeaux, dans les lacs, la mer, et les cours d'eau (on invoquait là le fantôme des noyés). On distinguait parmi les morts malfaisants deux ou plutôt trois catégories : les ἄτοφοι ou *insepulti*, les ἄωροι, et les βιαιοθάνατοι, dont les noms

(1) V. les nombreuses références que donne à ce sujet HOPFNER, *op. cit.*, I, §§ 326-377. Pour les Grecs, v. aussi AUDOLLENT, *op. cit.*, LXVI-LXVII ; les auteurs cités en note affirment l'existence des mêmes croyances en Islande, Pologne, Sicile, Norvège et Hongrie.

(2) V. l'épisode du meunier étranglé par une *umbra violenter peremptae mulieris*, dans APULÉE, *Metam.*, IX, 28-31.

furent latinisés — *aori. biaothanati.* — La frayeur qu'inspirent ceux qui ont fini par une mauvaise mort se retrouve dans un très grand nombre de sociétés non-civilisées. Le caractère presqu'universel attaché à cette superstition s'explique par l'idée qu'il s'agit d'une « mort révélatrice du courroux des puissances invisibles » ; si l'on s'avisait de donner à ces morts une sépulture honorable, on irriterait les esprits qui les ont frappés et ceux-ci ne tarderaient pas à tirer vengeance des violateurs de la coutume en les faisant mourir. Aussi ne rend-on pas à ces morts « les mêmes honneurs qu'aux autres. On se débarrasse du cadavre en hâte. On agit envers lui comme envers ceux qui sont pour le groupe une souillure et un danger... Il est enterré sans cérémonies, sans la présence des fossoyeurs » (1).

Les mêmes croyances avaient cours en Roumanie. Dormir ou séjourner près d'un carrefour est un acte imprudent, car c'est là un endroit où se plaisent les mauvais esprits. D'autre part, « on enterrait aux temps anciens sous les tertres qui se trouvaient à la limite des champs les noyés, les pendus, et tous ceux qui ne sont pas décédés de mort naturelle ; le peuple croit que leurs âmes sont les ennemis des vivants » (2). Le choix de l'endroit où aboutissent les limites des champs voisins nous semble aussi décéler une influence magique, car Hécate, souveraine des larves, est surnommée *triplex* ou *trivia* (cf. sa désignation grecque Σελήνη τριώνυμος) non seulement à cause de son triple empire, mais aussi parce qu'elle est la déesse des carrefours, *trivia* (lieu où se croisent trois ou plusieurs routes), rendez-vous habituel des morts malfaisants.

10. Le texte que nous commentons ne cite qu'à titre d'exemple les différents cas examinés jusqu'ici, car, très prudemment, il ajoute à la fin de l'énumération (le sorcier est l'homme qui

(1) Lévy-Bruhl, *op. cit.*, 310-317.

(2) Eleftérescu, *Sezatoarea*, 1922, 302 (*Origina si istoricul jocului calusarilor*), et 1924, 138.

fait ceci et cela) « ... ou tout autre sorte d'acte de sorcellerie ». Parmi les autres maléfices du sorcier ou de la sorcière, il nous faut accorder une mention spéciale au *deochiu* (mauvais œil, ὄφθαλμος πονηρός, φθονερός, *oculus malignus*, *invidus* ; *jettatura*, *malocchio*, *occhiaticcio* des Italiens). La question possède une littérature trop abondante pour nous y arrêter bien longtemps. Il semblerait que dans les milieux primitifs la *jettatura* soit une des formes par lesquelles se manifeste l'action toute puissante du désir ; la simple pensée, la simple convoitise produisent l'effet voulu de la même façon que l'acte matériel corrélatif ; il s'établit donc une « étroite affinité entre le désir, la convoitise, le mauvais œil et le principe malin qui constitue la sorcellerie » (1).

Quoi qu'il en soit, les Chaldéens partagaient déjà cette croyance et il est plus d'une fois question, dans leurs formules d'incantation, de l'« œil malfaisant » ; ils s'imaginaient que le sorcier peut provoquer le mal à son gré, par la fascination due au regard ou par certaines paroles néfastes. Les Grecs avaient adopté ces idées et leurs philosophes, DÉMOCRITE en particulier, essayaient de donner une explication scientifique du phénomène. Les Romains croyaient également à la fascination, mais il convient de distinguer à cet égard mauvais œil et *fascinum*, car le premier n'est qu'une des manifestations du second, le *fascinum* pouvant tout aussi bien s'exercer par le simple son de la voix, par l'haleine, l'odeur, etc. Parmi les prophylactiques : gestes, formules imprécatoires, amulettes, etc. le fait de cracher dans son sein (εἰς κόλπον πτύειν, *in sinum spuere* — cf. l'expression roumaine *a scuipa în sîn*), à terre, ou même sur les autres, était considéré comme des plus efficaces (2). Ce geste de défense devait profiter surtout aux

(1) LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, chap. intitulé *Puissance effective du désir*, 392-404. SIGM. FREUD, *Totem et tabou* (trad. JENKÉLÉVITCH, 1924), chap. int. *Animisme, magie et toute puissance des idées*, 106 ss.

(2) LENORMANT, *op. cit.*, 36, 53-56. LAFAYE, v° *Fascinum*, dans le *Dictionnaire* de DAREMBERG et SAGLIO.

enfants, êtres faibles et facilement accessibles à la puissance du charme ; il est vrai que la déesse Carna éloignait d'eux les striges et que Cunina préservait leurs berceaux *(cunae)* des effets nuisibles du mauvais œil; mais la nourrice, gardienne vigilante, avait plus vite fait de les mettre à l'abri : *extranei interventu*, dit PLINE (H. N., XXVIII, 7), *aut si dormiens spectetur infans, ad nutrice terna adspui*, après nous avoir enseigné que *simili modo et fascinationes repercutimus.*

Or, la même superstition et le même remède ont toujours existé en Roumanie : si un enfant a été victime du *deochiu*, on peut conjurer le danger qui le menace en obligeant « celui qui a regardé l'enfant à cracher trois fois sur celui-ci » (1). De nos jours encore persiste l'habitude de cracher ou de dire tout au moins *sa nu'i fie de deochiu* (que ceci n'attire pas le *deochiu*) chaque fois que l'on admire quelqu'un ou qu'on constate la bonne mine d'une personne, sans doute en vertu de l'antique idée qu'il n'est pas prudent d'irriter la Némésis et d'attirer le courroux des dieux, par des louanges excessives, sur quelqu'un qui jouit de plus de bonheur qu'il ne conviendrait. La superstition du *deochiu* est fortement ancrée chez les Roumains ; elle est une des plus répandues qui soient. Nous laissons de côté, à notre grand regret, une foule de détails intéressants, pour ne citer en note que les principales collections de folklore où l'on trouvera un répertoire considérable de formules destinées à détruire l'effet du *deochiu* (2).

(1) *Dictionnaire* ms. du grand vornic IORDAKE GOLESCU (v° *Deochiu*), publié par KIRILEANU, dans *Sezatoarea*, 1922. 161. MARIAN, *op. cit.*, 166. LUPASCU, *op. cit.*, 28. Un bout d'étoffe rouge, une monnaie d'argent, une gousse d'ail, placés près de la tête de l'enfant, empêchent la *jettatura*. V. sur les superstitions identiques relatives au *malocchio*, GIGGI ZANAZZO, *op. cit.*, 16, 93, etc. Cf. FRAZER, *op. cit.*, *Le tabou sur le crachat*, 222-223.

(2) G. DEM. THEODORESCU, *op. cit.*, 367-373. LUPASCU, *op. cit.*, 7, 30. IONESCU et DANIIL, *op. cit*, I, 49 ss. ; II, 79 ss. On trouve également des renseignements précieux dans l'article bien connu de TUCHMANN, *La fascination*, publié dans la revue *Mélusine*, VII, dans une collection juive, publiée par ROSENBERG, en 1911, sous le nom de *Raphael hamaloch*, et dans SELIGMANN, *Die Zauberkraft des Auges und das Berufen* (1922), qui n'a pas toujours exactement compris les superstitions roumaines.

11. Comme on le voit, la puissance de ceux qui s'adonnaient aux sciences maudites ou qui se vouaient au diable était presque sans limites. Le mage, disait déjà APULÉE (*Apol., XXVI*), est *qui communione loquendi cum diis immortalibus ad omnia quae velit incredibili quadam vi cantaminum polleat* ; son art lui permet de soumettre dieux et démons à sa volonté, il peut leur commander, les contraindre. Les sorcières de Thessalie passaient pour des *feminae Lunam detrahentes*, elles possédaient le secret de faire descendre la lune sur la terre, et PLINE nous apprend que MÉNANDRE avait consacré à ce prodige une comédie intitulée précisément *Thessala* (1). C'était sans doute là un rite magique employé pour inspirer l'amour, à en juger d'après certains *descântece* roumains adressés à la lune dans ce but (2). — Un autre miracle consistait à faire geler l'eau en plein été. Des sorciers nommés *solomonari* (allusion au roi Solomon, grand maître de la Kabbale et lui-même magicien redoutable) connaissaient l'art de transformer l'eau en glace et de l'attirer à eux sous forme de grêle pour la porter où ils le voulaient, p. ex. pour détruire les moissons (3). Ce détail méritait d'être relevé, ne serait-ce que pour démontrer l'importance de la magie agraire chez les peuples agricoles. Une population profondément attachée à la terre accordera toujours la plus grande attention aux dispositions légales ayant trait aux champs et au bétail ; le même phénomène se produira fatalement pour ses superstitions et ses opérations magiques. La loi des XII Tables, qu'on a parfois qualifiée de code rural, contenait, on le sait, au moins deux dispositions

---

(1) PLINE, *H. N.*, XXX, 2. VIRGILE, *Bucol.*, VIII, 69 : *Carmina vel cœlo possunt deducere lunam*. Cf. l'extrait du *Karpuramanjari* (I, 25) cité en *motto* par V. HENRY, *op. cit.* : « la lune à ma voix descend sur la terre ».

(2) MARIAN, *op. cit.*, 40 (*Chemarea lunei*). THEODORESCU, *op. cit.*, 374-376, publie des invocations à la lune pour combattre les mauvais charmes d'après un « Livre pour *défaire* les incantations » (1867), reproduisant soit-disant un manuscrit de S[t] DAMASKIN trouvé à Kiew.

(3) V. *Sezatoarea*, 1922, 192, 238 et 1923, 70, 90.

relatives à la magie agraire : le mauvais sort jeté aux récoltes afin de les détruire *(fruges excantare)*, et les charmes destinés à attirer sur un fonds la moisson du champ d'autrui *(segetem pellicere)* (1). La fascination s'exerçait aussi bien contre les enfants, dit PLINE (*H. N.*, *VII*, 2) que contre les troupeaux et les arbres. Le bétail était exposé d'autre part aux maléfices des *monstra noxia* ou *nocentes spiritus*. C'est pourquoi les agronomes romains, s'inspirant des *geoponika*, ont recueilli des recettes pour combattre ce danger ; COLUMELLE, GARGILIUS MARTIALIS, PALLADIUS RUTILIUS, nous ont transmis quelques-uns de ces remèdes (2). Il est également probable que, dans la fête des Lupercales, la cérémonie de la flagellation était un rite lustratoire pour vaincre non seulement la stérilité des femmes, mais aussi celle de la terre, et pour écarter par ce moyen le danger des mauvaises récoltes (3). — Citons, avant d'en finir, une superstition roumaine sur le pouvoir du sorcier de faire tarir le lait des vaches *(luarea manei vacilor)* (4) ; il existe en même temps un nombre considérable de *descântece* contre les différentes maladies des animaux domestiques.

12. Le sorcier ou la sorcière ne se distinguaient pas toujours extérieurement du commun des mortels. Quelquefois pourtant

---

(1) HUVELIN, *Iniuria*, 406, 431, n. 2, 451. MASCHKE, *Persönlichkeitsrechte*, 2, 23. Cf. MARIAN, *op. cit.*, 37 : « Je m'en vais roussir les bois — Flétrir les champs — Dessécher les vallées — Faire éclater les pierres », paroles attribuées à la *pajura*, sorte d'esprit auquel s'adresse l'incantation.

(2) HUBERT, v° *Magia*, dans le *Dictionnaire* de DAREMBERG et SAGLIO. JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, 31, 106. G. POPA-LISSEANU, *Romanica* (1926), 66.

(3) Le fait de provoquer la grêle rentrait-il dans l'expression *fruges excantare*? Nous ne saurions l'affirmer, mais cela ne serait pas impossible si l'on tient compte de la croyance que le sorcier peut assujetir les forces de la nature. APULÉE (*Metam.*, III, 15) décrit les *miranda secreta quibus obediunt Manes, turbantur sidera, coguntur numina serviunt elementa*. Une constitution du Code Théodosien affirme aussi, au IV^e^ siècle, le pouvoir du sorcier de *turbare elementa* (C. Theod., IX, 16, *De malef. et mathem. et his simil.*, 5). Une autre (*Ibid.*, 3) mentionne, au contraire, les moyens *ne maturis rindemiis metuerentur imbres aut ruentis grandinis lapidatione quateretur*. Cf. PLINE, *H. N.*, XXVIII, 4 : *Carmina quaedam exstant contra grandines*.

(4) LUPASCU, *op. cit.*, 51-52.

leur aspect physique pouvait les trahir : le sorcier a la figure pâle ; comme ceux du diable, ses yeux sont rouges et phosphorescents pendant la nuit. S'ils commettent l'imprudence d'assister à la messe de Pâques, on peut également les reconnaître (1). Bien entendu, les *ordalies*, principalement l'ordalie par l'eau, seront aussi d'un grand secours. CANTÉMIR (V° *striga*) nous dépeint la sorcière *manibus pedibusque ligata in profluentem abjecta*, laquelle, *si vero supernatet, vivam igne comburunt.*

Après sa mort, l'identification du sorcier est bien plus aisée car, on le sait de longue date, son corps, ainsi que celui du vampire, ne pourrit pas. M. JOBBÉ-DUVAL passe en revue les différents peuples qui partagent cette croyance et la retrouve chez certaines peuplades sauvages, chez les Chinois, les Grecs modernes, les Lithuaniens, les Anglais, et aussi chez les paysans normands (**2**). Elle repose partout sur l'idée que le diable pourvoit à la conservation d'un corps dont il se servira ensuite pour réaliser ses ténébreux desseins. L'*Indreptarea Legei* de 1652 contient un texte (gl. 37) aux termes duquel « le cadavre de l'individu maudit demeure entier » ; si ses doigts sont recroquevillés et si le corps a revêtu une teinte jaune, c'est qu'il a été l'objet d'une excommunication, le cadavre devenu noir dénote la malédiction de l'archevêque, et le blanc, celle qui provient de la violation des lois divines. Un autre texte (gl. 40) prévient que le cadavre non décomposé et dépourvu de cheveux se trouve probablement sous le coup d'un anathème ; il faut donc l'exhumer et l'ensevelir ailleurs. Si, malgré cela, ces signes ne disparaissent pas, c'est que le mort a été victime d'une injustice. Cette superstition s'est conservée jusqu'à nos jours (3). Aussi est-il prudent, si l'on suppose quelqu'un

(1) LUPESCU, *Sezatoarea*, 1892, 241. MARIAN, *Nerbatorile la Români*, III, 99.

(2) JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, 208 ss.

(3) On signale assez souvent des cadavres dont on retrouva la main droite ou deux doigts de la main droite absolument intacts, ce qui prouverait

d'avoir été sorcier ou vampire, de se rendre sur la tombe et d'y enfoncer un pieu afin d'y fixer le mort, comme cela se pratique du reste en Allemagne et en Angleterre (1).

13. Si nous n'avions pas assigné un cadre excessivement restreint à la présente esquisse, trois questions devraient maintenant retenir notre attention : Quels sont les objets et les substances magiques? Quand doit-on accomplir les rites de la magie? A quel endroit? Nous ne ferons qu'effleurer ces différents points (2).

En ce qui concerne les objets dont se sert le sorcier roumain, ils ne changent guère et rappelent singulièrement ceux qu'on employait dans la magie chaldéene, hindoue, et gréco-romaine : l'eau (qui est d'une dizaine d'espèces, selon la personne, la façon, et l'heure à laquelle on la puise), l'aiguille, la soie rouge, la quenouille, la cendre, la faucille, la fourche, le balai, la cuiller, le roseau à plusieurs nœuds, la cruche de terre *(ulcica)*, la ceinture *(brîul)*, l'encens, le miel, la cire, le plomb, l'étain, le vif-argent, le basilic, le maïs, le sang, le vin, l'œuf, etc. Nous avons omis à dessein le couteau, parce qu'il figure dans un nombre incalculable de conjurations magiques ; on y a recours dans les incantations contre le *deochiu*, l'heure néfaste, la froideur de la personne aimée, le mauvais sort, etc., ou dans celles qui guérissent les abcès, les furoncles, la colique, le point de côté, les terreurs nocturnes, les congestions cérébrales, les

---

qu'ils pratiquaient la magie. Lorsqu'on déterra les morts ensevelis lors de la bataille de Marasesti (où nous repoussâmes victorieusement les Allemands en 1917), les journaux parlèrent du corps d'un aumônier dont la main droite, celle dont il bénissait les soldats, était miraculeusement conservée.

(1) JOBBÉ-DUVAL, *op. cit.*, 200, 213. LUPESCU, *Sezatoarea*, 1924, 17. A la vérité, il existe chez certaines peuplades l'habitude contraire : on plante dans la terre toute fraîche de la fosse des bambous fendus en long et un petit bâton, collé à la rainure du bambou, pour indiquer à l'âme du défunt qu'elle peut suivre ce chemin et s'évader hors de la tombe. FRAZER, *op. cit.*, 174.

(2) V. sur toutes ces questions HOPFNER, *op. cit.*, I, chap. 6 (§§ 822-868) : Vorbedingungen für das Gelingen des Zaubers ; Beobachtung von Zeit und Ort ; die Reinheit.

névralgies, les élancements et douleurs fulgurantes (« comme si l'on avait reçu un coup de couteau ») (1). Rappelons à ce propos le rôle que joue, dans les croyances populaires tant anciennes que modernes, le geste de poignarder la trace, l'empreinte des pas. Sir J.-G. Frazer remarque fort justement que « la superstition qu'en blessant les empreintes des pas on blesse également les pieds ayant formé ces marques est presque universelle... Elle avait cours dans la Grèce antique. On y disait que le cheval qui marche sur les foulées d'un loup s'ankylose incontinent ; de plus, une maxime, attribuée à Pythagore, défendait de percer les empreintes des pas humains soit d'un clou, soit d'un couteau » (2). La même superstition se retrouve chez les Roumains ; les contes de fée, les légendes, les *descântece* mentionnent souvent cette façon de se débarrasser d'un adversaire : on enfonce un couteau dans la trace de ses pas ou dans son ombre. Si, d'autre part, on ressent soudainement une douleur dans les jambes, c'est qu'on a certainement marché sur des ingrédients magiques, jetés intentionnellement à tel endroit (3).

Il en est de même pour le clou. Dans l'antiquité gréco-romaine, le clou, emblème de l'Ανάγκη, de la Fatalité implacable, a été un accessoire magique. La superstition grecque fut

---

(1) Il y a, de même que pour l'eau, plusieurs sortes de couteaux, la différence tenant non pas à leur forme, mais à diverses circonstances extérieures : le couteau a été ensorcelé, porté à la ceinture d'un jeune marié, etc. Il en résulte une foule d'épithètes savoureuses, parmi lesquelles nous relèverons celle de « couteau latin » (*cutit latinesc*). V. p. ex. Jonescu et Daniil, *op. cit.*, I, 142-152 ; II, 117-126.

(2) Frazer, *op. cit.*, 42, 176. Inversement, on poignarde l'ombre de l'enfant sur le mur pour le guérir de la peur ; Jonescu et Daniil, *op. cit.*, I, 199.

(3) La sorcière prend neuf parcelles de différentes substances elle se rend dans un coin du jardin, et là elle saisit un couteau, pose le pied à terre, découpe le sol tout autour de sa semelle, soulève cette croûte, enfouit ses drogues, et remet le morceau de terre en place, en ayant soin de le retourner (*intoarce urma*) ; elle « retourne » ainsi la maladie à celui qui l'a envoyée. Marian, *op. cit.*, 140.

adoptée par les Etrusques et passa de là chez les Romains. On connaît les vers d'HORACE (*Odes*, III, 24, 5 et I, 35, 17) où il est question de la *dira* ou *saeva Necessitas* qui *figit clavos* ou *clavos trabales et cuneos manu gestans aena*. Il est à peine besoin de rappeler la cérémonie des ides de septembre, pendant laquelle le magistrat romain *figebat clavum annalem* au temple du Capitole dans le mur qui séparait la *cella* contenant la statue de Jupiter de celle réservée à Minerve. L'expression *clavum figere* (roum. *înfige cuiul*) ou *defigere tabulas* est un terme de magie ; c'est parce que les tablettes magiques sont clouées qu'elles portent le nom de *tabellae defixionum ;* de là provient aussi, plus tard, l'expression *defigere hominem* pour désigner le fait de percer à l'aide d'aiguilles ou de clous la statuette de cire figurant la personne envoûtée (1). Il n'y a donc rien de surprenant à ce que le clou soit d'un usage très fréquent dans la sorcellerie roumaine. Nous ne pouvons, de même que pour le couteau (ou la faucille), énumérer toutes les cérémonies où l'on s'en sert ; citons simplement ces vers d'une très longue formule de *desfacut*, déjà mentionnée, qui est particulièrement précieuse en raison des nombreux détails qu'elle fournit sur les vieux rites magiques roumains : « Celui qui accomplit son maléfice — Avec des clous de fer trouvés — Ou avec des quenouilles abandonnées » etc (2). Enfin, et il faut y voir un procédé de magie sympathique, l'on use aussi des dents, cheveux, vêtements, mouchoirs, bonnets, appartenant à quelqu'un

(1) SAGLIO, v° *Clavus*, dans le *Dictionnaire* de DAREMBERG et SAGLIO. HUVELIN, *Tabl. mag.*, 21 ss. CAGNAT, *op. cit.*, II, 195-196. Notons aussi l'habitude d'écrire sur les *Tabellae* la formule magique d'une façon bizarre, ou de droite à gauche, pour attirer l'attention sur le procédé analogue (parfois une écriture en spirale) employé dans certains *descântece* où, par exception, la formule de guérison est écrite et placée sur l'endroit malade. V. JONESCU et DANIIL, *op. cit.*, I, 57. Dans d'autres incantations roumaines on trouve des *Ephesia grammata* ou Βάρβαρα ὀνόματα (HUVELIN, *op. cit.*, 35 ss. AUDOLLENT, *op. cit.*, LXVII ss.) ; exemples dans GOROVEI, *Sezatoarea*, 1924, 120. Cf. STOICESCU, *Noile teorii asupra injuriei, studiu de drept roman* (1907), 34-36.

(2) MARIAN, *op. cit.*, 198.

puisque les choses qui ont été en contact intime ou qui proviennent du corps d'un individu sont imprégnées de sa personnalité et que, par conséquent, le traitement qu'on leur fait subir aura une influence sur cette personne-même (1).

La question des jours favorables aux pratiques magiques nécessiterait également une foule de détails dont nous sacrifions la majeure partie. On sait que la sorcellerie hindoue est à ce point de vue la plus minutieuse; elle réglemente dans leurs plus petits détails les rites qu'il faut accomplir à la nouvelle ou à la pleine lune ; la néoménie, les syzigies, reviennent à chaque instant dans les textes du Kauçika-Sûtra (2). Les autres peuples de l'antiquité avaient aussi leurs idées bien arrêtées à ce sujet, et il n'est point difficile de comprendre que les moments propres à frapper l'imagination aient été considérés comme particulièrement propices. En Roumanie on ne procède pas aux incantations pendant la semaine de Pâques ; on n'en use pas non plus le dimanche, consacré au Seigneur, ni généralement pendant qu'il fait jour. L'aube est favorable à quelques *descântece*, la nuit l'est bien davantage. Certaines incantations, p. ex. l'« appel de la lune » se font à la nouvelle lune ; d'autres à la pleine lune. Il faut être attentif, car si, pour guérir l'eczéma p. ex., on prononçait la formule pendant que l'astre augmente de volume, le mal envahira à son tour une surface plus grande (3). Dans quelques cas on aura recours aux pratiques magiques les lundis, mercredi et vendredi, dans d'autres le mardi, ou pendant la nuit du mercredi au jeudi, ou encore pendant celle du vendredi au samedi. La nuit du samedi est excellente pour éloigner les striges. En ce qui concerne les nuits, celle de la naissance de St-Jean *(Sânziene)* est

(1) *Ibid.*, 179 ss. AUDOLLENT, *op. cit.*, LXXVI. LÉVY-BRUHL, *op. cit.*, 521. FRAZER, *op. cit.*, 217 ss. HUVELIN, *Magie et droit individuel*, dans l'*Année Sociologique*, 1905-1906 ; tirage à part 29 ss. CORNIL, *Mél. Girard*, (1912), I, 219.

(2) V. HENRY, *op. cit.*, 39 ss., 161.

(2) GOROVEI, *Sezatoarea*, 1923, 135. Cf. GIGGI ZANAZZO, *op. cit.*, 224-225. — Sur la nuit en général, HOPFNER, *op. cit.*, II, § 357 ss.

maintes fois citée dans les légendes et les contes de fée. Cette fête, dont le nom provient par altération de celui du saint (*Sân Ziene*, St-Jean), et qui a lieu le 24 juin, n'est autre que la consécration du solstice d'été ; les feux de la St-Jean, coutume immémoriale, célébrée par presque tous les peuples d'Europe, sont une reminiscence d'un archaïque rite païen ayant vraisemblablement pour but de venir en aide au Soleil, à son déclin. Les Italiens attribuent au jour et à la nuit de la *San Giovanni* un caractère magique. car c'est alors qu'on peut identifier les sorcières et que les jeunes filles découvrent les traits de leur futur époux (1).

Mais la nuit la plus terrible est sans contredit celle de la St-André pendant laquelle les *strigoï*, non contents de rôder par les rues et les carrefours, s'efforcent de pénétrer dans les maisons, afin de torturer ou d'emmener avec eux l'un des habitants. Le moyen le plus sûr de les empêcher d'entrer c'est, après avoir eu soin de retourner tous les pots, cruches, chaudrons, etc., de frotter le seuil de la porte et ses gonds, ainsi que les fenêtres, avec une gousse d'ail (**2**). On ne peut connaître ces détails sans songer aussitôt à la nuit des Lémures dont Ovide traça un si impressionnant tableau dans ses Fastes : *Ritus erit veteris nocturna Lemuria sacri*.... Pendant les nuits du 9, 11 et 13 mai, les lémures pouvaient pénétrer dans la maison du père de famille romain. Afin de les éloigner, le *paterfamilias* se levait au milieu de la nuit et, nu-pieds, procédait aux gestes magiques tout en prononçant à neuf (3) reprises

---

(1) *Sezatoarea*, 1922, 204. Frazer, *op. cit.*, 582-589. Giggi Zanazzo, *op. cit.*, 130, 196-199.

(2) Les références et la bibliographie étant trop copieuses, nous nous bornons à renvoyer à la célèbre ballade du poète Alexandri, *Noaptea Sf. Andrei*. V. aussi un récent article de M. Jorga dans le *Mercure de France*, 1925, 296. Pour l'ail et en général les odeurs fortes qui mettent en fuite les mauvais esprits, Lupascu, *op. cit.*, 71. *Sezatoarea*, 1922, 161 et 1924, 137. Cf. Jobbé-Duval, *op. cit.*, 181.

(3) Le chiffre 9 a ici la même signification funèbre que dans le *novemdiale*, sacrifice qui termina t la période des neuf jours suivant le décès ; ce n'est

une formule propitiatoire ; il faisait claquer ses doigts, se lavait trois fois les mains, introduisait dans sa bouche des fèves noires et les jetait ensuite derrière lui en disant *haec ego mitto, his redimo meque meosque fabis* ; il plongeait à nouveau ses mains dans l'eau, frappait sur un chaudron d'airain et invitait les esprits à quitter sa demeure : *Manes exite paterni* (1). La conservation de l'antique tradition nous semble évidente, au nom du saint près, la superstition païenne se transformant, par suite d'un phénomène bien connu, en prétendue croyance chrétienne.

Il est utile de noter le rôle que joue dans les contes et les superstitions populaires la porte de l'habitation. Pour ne citer qu'un seul autre exemple, la poignée de mains donnée par dessus le seuil est considérée dans la campagne roumaine comme étant de mauvais augure et présageant la mort de l'une des deux personnes (2). Nos ancêtres croyaient que les *larvae* ne pouvaient franchir le seuil de l'habitation, sauf pendant la nuit des Lémures, grâce aux bonnes divinités qui étaient de garde près de l'huis : Janus, Forculus, Limentinus et Limentina, Cardea, la porte elle-même, les montants, les gonds, le seuil, étant chacun sous la protection de l'un d'eux. Pline nous montre Cardea et Janus postés à la porte, une branche d'épines à la main, pour en barrer le passage aux mauvais esprits, et les poètes latins nous dépeignent l'émoi des amoureux qui frottent de substances enchantées ou bien adressent à la porte de leurs belles de véritables invocations magiques. C'est sur la porte qu'on écrit les paroles destinées à écarter le

---

qu'ensuite que la maison n'était plus souillée et que pouvait commencer l'*auctio hereditaria*. Les chiffres 3 et 7 ont également une signification symbolique. Dans les *descântece* figurent les chiffres 3, 7, 9, 44, 77, 99.

(1) Ovide, *Fastes*, V, 429-444. Bouché-Leclercq, v° *Lustratio*, et Hild, v° *Lemures*, dans le *Dictionnaire* de Daremberg et Saglio. Jobbé-Duval, *op. cit.*, 27, 179, et *Les idées primitives dans la Bretagne contemporaine*[2], 266-267.

(2) D. Dan, *Sezatoarea*, 1922, 193.

fascinum et qu'on trace la *deprecatio* qui préserve de l'incendie ; c'est toujours la porte qui joue un rôle dans l'ancienne procédure extrajudiciaire de l'*obvagulatio ob portum*, dont parlent les XII Tables, et le seuil dans les cérémonies de la *festiritas nuptiarum* (1). Si les Roumains enduisent le seuil d'ail, n'oublions pas que la matrone romaine plaçait pour Tacita, au même endroit, trois grains d'encens, *et digitis tria thura tribus sub limine ponit*, pendant les Feralia (2).

Quant aux endroits où il est recommandé de procéder aux conjurations magiques, nous répéterons la réflexion faite au sujet de l'heure la plus favorable : les anciens ont cru à l'efficacité des sites qui impressionnaient leur esprit, tels que cimetières, ruines, sources, forêts, etc. On peut dire d'une façon générale que presque tous les endroits où l'on découvre de nos jours des tablettes magiques servaient jadis à la célébration de la cérémonie-même. Les incantations et autres pratiques de sorcellerie ont eu lieu en tous temps en Roumanie dans des endroits qui n'ont rien de bien terrifiant : sur le seuil de la porte, dans le jardin, dans la forêt, au pied du lit, à la limite de deux propriétés, etc (3). Mais, le plus souvent, l'opération, qui prend fin dans la maison de l'intéressé, a commencé auprès d'une fontaine, d'un puits, d'un ruisseau. Comme il s'agit généralement d'un *descântec* employé par une jeune fille dans le but de se faire aimer, celle-ci, au moment du lever du soleil, et en prenant soin de n'être aperçue par qui que ce soit, s'y rend afin de s'y laver le visage, le corps ou les membres, ou de se remplir la bouche d'eau pour l'apporter ainsi chez elle et continuer la cérémonie sous son toit. — Il est vrai qu'exceptionnellement, pour guérir de la fièvre p. ex., le malade

(1) Huvelin, *Iniuria*, 412-419. Frazer, *op. cit.*, 227. Jobbé-Duval, *op. cit.*, 181-183. Cf. A. van Gennep, *Les rites de passage* (*étude systématique des actes de la porte et du seuil*, etc.).

(2) Ovide, *Fastes*, II, 573.

(3) Marian, *op. cit.*, 48, 51, 58, 84, 89, 107, 109, 133, 160, 172, 177, 181 189, 205, etc. Jonescu et Daniil, *op. cit.*, I, 180, 201-202, etc.

se rend au cimetière sur la tombe d'un parent ; il y prend une pincée de terre, la met dans un linge et porte ce remède sur lui pendant trois jours, après quoi il revient rejeter la terre sur la tombe. L'acte symbolique de mettre en terre, d'enfouir, revient aussi plus d'une fois dans les gestes rituels (1).

14. Pour en revenir aux textes, dont nous nous sommes peut-être un peu trop éloigné, mentionnons, avant de finir, des dispositions qui permettaient au mari de répudier sa femme convaincue du crime de magie, de même que le *paterfamilias*, pour le même motif, pouvait dans le très ancien droit romain chasser sa compagne du foyer conjugal. Le code de Basile-le-loup, gl. 26, § 10, et celui de Mathieu Bassarab, gl. 187, § 10 obligent même le mari à se séparer en ce cas de sa femme « de par sa propre volonté et sans que le juge en soit avisé ». La gl. 183, § 16 du second, et 22, § 16 du premier, reconnaissent aux deux époux le droit au divorce si l'on s'aperçoit que l'un tente d'administrer en fraude à l'autre du poison, des substances ou des philtres magiques ; mais cette fois on s'adressera au juge. La sorcellerie était envisagée sous un jour si défavorable que le simple fait d'accuser quelqu'un à tort d'être sorcier ou astrologue était puni par les deux codes (*Cartea Românească, pricina* 16, § 19 ; *Indreptarea Legei*, gl. 349, § 19 — textes relatifs aux présomptions au cas de vol). Enfin, si un malade avait recours aux incantations et à la sorcellerie afin de guérir, sa mort ne pourra être imputée à personne ; s'il n'a agi ainsi qu'après avoir été abandonné par ses médecins, sa faute est moindre, et on pourra alors agir contre qui de droit, sans que soit prononcée toutefois la peine capitale (code de Basile-le-Loup, gl. 15, § 5 ; code de Mathieu Bassarab, gl. 249, § 5).

(1) On enterre par exemple l'eau qui a servi à une incantation, les ingrédients qui ont été utilisés pour guérir l'épilepsie infantile, etc. *Sezatoarea*, 1923, 163. Jonescu et Daniil, *op. cit.*. I. 202 ; II, 23. Le code de 1652, gl. 97, dispose que le sang que le prêtre perd par le nez sera enfoui en terre ou jeté à l'eau.

Telles sont, sommairement présentées, les idées qui avaient cours, dans les anciennes principautés roumaines, sur la magie. L'un des auteurs qui ont le mieux approfondi les superstitions romaines au point de vue historique et juridique estime que « lorsqu'on retrouve chez leurs ancêtres les craintes des Italiens contemporains relatives au « mauvais œil » et à la *jettatura*, cela ne saurait être négligé » (1). Il nous semble qu'on peut en dire autant de leurs frères de Dacie et que le problème de la magie dans le folklore et l'ancien droit roumain méritait d'être connu, puisqu'on y retrouve, aussi complètement que chez tous les autres néo-latins, cette admirable continuité des traditions qui décèle la noble origine du peuple et la pérennité de la race.

C. Stoïcesco.

(1) Jobbé-Duval, *op. cit.*, *Avant propos*, V.

LE DROIT LOCAL DANS LES CONSTITUTIONS PRÉDIOCLÉTIENNES

PAR

R. TAUBENSCHLAG

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE CRACOVIE

LE DROIT LOCAL DANS LES CONSTITUTIONS PRÉDIOCLÉTIENNES

Déjà une revue sommaire des constitutions prédioclétiennes fait voir que l'on adressait à l'empereur des questions concernant les points juridiques, de toutes les parties de l'ancien empire, aussi bien de l'Occident que de l'Orient (1). Il est donc aisément compréhensible que ces questions doivent aussi refléter, à côté du droit romain, le droit local des provinces. Il ne sera donc pas sans intérêt, en s'appuyant sur les résultats des recherches précédentes, d'examiner systématiquement ces questions de ce point de vue pour constater combien d'éléments locaux s'y trouvent. Je veux espérer, qu'un travail de ce genre ne sera pas sans valeur pour notre connaissance du droit local à l'époque prédioclétienne et que l'éminent historien du droit du Bas-Empire voudra bien accepter cette contribution comme un hommage dû à son œuvre magistrale.

Parmi les différents domaines du droit local qui trouvent leur expression dans les constitutions prédioclétiennes, *le droit de l'esclavage* mérite surtout d'attirer notre attention (2). Il y a deux constitutions, qui doivent en premier lieu être

(1) Cf. 1, 9, 1 ; 1, 9, 2 ; 2, 11 (12), 16 ; 8, 10, 3.

(2) L'opinion exprimée dans la C. 7, 2, 9 (comp. 7, 10, 4), d'après laquelle le testateur a le pouvoir d'affranchir un esclave étranger, ainsi que l'opinion, que l'on peut intenter une action infamante contre le patron (C. 6, 6, 1), que l'on peut aussi appeler en justice la femme du patron sans la permission du préteur (C. 2, 2, 1), que les femmes affranchies, qui se sont mariées avec la permission de leur patron, ne sont pas obligées de lui prêter des services (C. 6, 6, 2) — toutes ces opinions ne nous intéressent pas, parce qu'elles résultent du manque de connaissance du droit romain, même quand elles sont exprimées par des gens portant un nom grec.

prises en considération : C. 4, 14, 2 et C. 4, 14, 5. Dans les deux constitutions mentionnées les requérants représentent le point de vue grec, en vertu duquel l'esclave est responsable des dettes contractées par lui aussi après son affranchissement, indépendamment de la question, si le pécule qu'il possédait lui a été laissé ou non (1). La crainte de l'affranchi Epigonos dans la C. 7, 9, 1, qui appréhendait d'être révoqué en esclavage, parce que l'esclave qu'il avait substitué à sa place s'était enfui, est aussi une émanation des opinions grecques (2). De même l'opinion, qui se trouve à la base de la C. 6, 6, 3 (3), selon laquelle l'esclave qui a été affranchi au prix d'une somme fixée par une convention ne serait pas obligé à la prestation de l'obsequium, est d'origine grecque. Nous la trouvons dans les pap. grecs : Oxy 704 (ca 115 p. C.) (= M. Chr. 81) et Oxy 1205 (= 291 p. Chr.) (4). Du monde juridique grec provient aussi la question de la C. 2, 6, 2, si le libertus a le droit de postuler pro aliis. Le demandeur grec paraît être sous l'influence de la conception juridique d'après laquelle le libertus a besoin lui-même de l'assistance d'un patron dans le procès (5).

Les constitutions dans lesquelles on retrouve un écho de l'ancienne *communauté familiale* en droit local, sont d'un intérêt spécial. Un des vestiges caractéristiques de cette communauté c'est le retrait familial (6). Le requérant Lucianus

---

(1) Cf. pour le droit de Gortyne : Kohler-Ziebarth : *Recht von Gortyn*, p. 53, où l'esclave est responsable des dettes, qui proviennent soit d'un contrat, soit d'un délit commis ; pour le droit romain. Cf. Pernice : *Labeo*, I, 152.

(2) Cf. Mitteis : *Reichsrecht und Volksrecht*, p. 384/5 ; pour la révocation de la liberté, cf. aussi : C. 2, 30 (31), 1 ; C. 6, 3, 2 ; pour le droit romain : Cuq[2] : *Inst.*, p. 104_6.

(3) Cf. Xantho : Etiam qui pactione (pecunia pro pactione interpolaverunt B)data a dominis manumittuntur, mero iure omne obsequium patronis debent.

(4) Cf. Lewald : *Sav. Ztschr.*, 33, 633 ; *ibidem*, Mitteis, 644.

(5) Cf. Kohler, *l. c.*, 101.

(6) Cf. mon *Privatrecht* (Extrait du *Bulletin de l'Académie Polonaise des Sciences et des Lettres*, 1919-20), p. 229.

dans la C. 3, 37, 1 prétend précisément à un droit pareil à l'occasion de la vente d'une partie de la propriété commune effectuée par son frère. Ainsi que je l'ai expliqué dans mon *Römisches Privatrecht zur Zeit Diokletian's*, p. 230, l'opinion, répandue dans les milieux populaires, selon laquelle le membre de la famille a le droit — après la dissolution de la communauté familiale — de disposer de la part individuelle de l'ancien membre de la famille de la même façon que de sa part propre, paraît être aussi en relation avec l'idée de la communauté familiale. Cette opinion se trouve aussi dans une C. prédioclétienne : C. 8, 20 (21), 1 où le frère du demandeur s'arroge le droit d'engager la part du demandeur comme la sienne propre. Une autre conséquence de la communauté familiale est la responsabilité mutuelle de ses membres pour leurs dettes (1). Les traces d'une telle responsabilité se trouvent aussi dans les C. 5, 51, 4 ; 6, 30, 1 ; 6, 31, 1, (2) où il est affirmé toujours de nouveau, que le fils est responsable « en qualité » de fils des dettes du testateur. Enfin le dernier écho de l'ancienne communauté familiale, c'est-à-dire, la coutume d'après laquelle les héritiers maintiennent la communauté de l'héritage après la mort du testateur (3), est clairement visible dans une constitution prédioclétienne : C. 3, 36, 8.

---

(1) Cf. mon *Privatrecht*, p. 230.

(2) Si paterna hereditate te abstinuisse constiterit et non ut heredem in domo, sed ut inquilinum vel custodem vel ex alia justa ratione habitasse liquido fuerit probatum, ex persona patris conveniri te procurator meus prohibebit. Il est remarquable que la même pensée est exprimée dans le « Corpus iuris des Jesubocht » (*Syr. Rechtsbücher*, t. III). Nous y lisons, p. 143, § 24, ...dann muss die dem Erblasser obliegende Schuld von seiner Frau als Frau, von seinen Söhnen als Söhnen, und von seinen Töchtern als Töchtern bezahlt werden, p. 165, § 21. In betreff des Falles, dass ein Vater Schulden hinterlässt und seine Erbschaft bereits aufgeteilt ist, gestatten die *Richter* dem Gläubiger, dass er, wenn er will, die Schuld von den Söhnen (Kindern) einfordert. *Wir* aber bestimmen, dass er von den *Erben*, so viele ihrer sind, von jedem einzelnen den entsprechenden Teil einfordern soll.

(3) Cf. mon *Privatrecht*, p. 233.

Il y a, dans les constitutions, des sources relatives à la *patria potestas* du droit local non moins intéressantes. Dans la C. 8, 46 (47), 3 le demandeur part de l'opinion propre au droit local, que les fils soumis à la patria potestas ont le droit de posséder leur propre fortune ainsi que d'en disposer (1). Dans la C. 2, 18 (19), 12, nous retrouvons la conception du droit local, d'après lequel le fils soumis au pouvoir paternel, peut intenter contre lui une action, afin de le forcer à rembourser ses dettes (2). Enfin dans la C. 8, 37 (38), 2, le Grec préoccupé en raison des opinions grecques, est assuré qu'en vertu de la stipulation contractée par lui pour sa fille, soumise à son pouvoir, c'est le père, et non pas la fille, qui a le droit d'intenter une action (3).

Des détails importants se trouvent dans les constitutions relatives au *droit matrimonial*. Dans les C. 5, 4, 2 et 5, 4, 9 la conception grecque, d'après laquelle la validité du mariage dépend de la rédaction d'un contrat de mariage, est rejetée (4). De même le *consensus curatoris*, mentionné dans la C. 5, 4, 8 relative au mariage d'une pupille, paraît être d'origine locale (5). Enfin la C. 8, 38 (39), 2 fait allusion à des peines pour divorce usuelles en droit local, en leur opposant la règle du droit officiel : *Libera matrimonia esse antiquitus placuit* (6).

Pour ce qui concerne le droit local *patrimonial des époux* la C. 5, 3, 1 a en premier lieu une certaine importance. Il s'agit là d'une *donatio ante nuptias* dans la forme d'une dot fictive, forme souvent en usage en droit local (7). Dans la C. 5, 11, 1

---

(1) Cf. mon article : *Ztschr. d. Sav. Stfg.* 37, 223/4.

(2) Cf. *Ztschr. d. Sav. Stfg.*, 37, 203 ; pour des affaires entre le père et le fils, *ibidem*, p. 227/8.

(3) Cf. pour le père comme le représentant de son fils, *ibidem*, p. 205.

(4) Pour la coutume *romaine* de constituer des tabulae dotales cf. Weiss : *Pfandr. Unters*, I, 105.

(5) Cf. Mitteis : *Leipziger Papyri*, p. 140. Il est possible que nous avons affaire ici avec à combinaison de la tutelle avec la curatelle.

(6) Cf. Mitteis : *Reichsrecht*, p. 126.

(7) Cf. Mitteis : *Reichsrecht*, p. 284_3.

le requérant exprime la conception grecque en prétendant avoir le droit d'intenter une action pour obtenir une dot sur la base du contrat dotal, fait par écrit (1). La C. 5, 12, 3 rend le point de vue grec en disant que la dot appartient à la femme (2).

Dans le domaine du *droit de tutelle*, ce qui nous frappe en première ligne, c'est la combinaison de la tutelle avec la curatelle dans la C. 2, 18 (19), 6 (3). Ce phénomène a son origine dans le droit local. La différence spécifiquement romaine entre les *pupilli* et les *minores viginti quinque annis* est inconnue au droit local. (4) Au même domaine appartient la tutelle exercée par les femmes, rejetée paler droit officiel dans la C. 5, 35, 1 (5). De même, l'espèce de curatelle que le mari exerce dans la C. 2, 12, 14 sur sa femme (6). Cela n'est pas conforme à la coutume romaine. Si nous lisons après dans la C. 5, 34, 3 Dolenti : *Luminibus captum curatorem habere falso tibi persuasum est*, il faut admettre, que celui auquel s'adressait Dolens, en lui demandant conseil, était sûrement un juriste grec, qui avait en vue l'institution analogue locale (7).

On peut trouver beaucoup de traces du droit local dans *le droit réel*. C. 3, 34, 4, contient les traces d'une communauté primitive, particulièrement concernant les régulations d'eau, qui sont propres à la communauté agraire. Nous y lisons : *Aquam, quae in alieno loco oritur, sine voluntate ejus, ad quem*

(1) Cf. Riccobono : *Ztschr. d.-Sav. Stftg.*, 34, 180/1.

(2) Cf. Mitteis : *Reichsrecht*, p. 242.

(3) On nomme ici un curateur dans un testament contrairement aux dispositions de la loi romaine.

(4) Cf. Mitteis : *Reichsrecht*, p. 155, 218.

(5) Cf. Wenger : *Sav. Ztschr.*, 26, 450. Sur les C. 4, 29,6 ; 5, 45, 1 ; 5, 46, 2 ; où la gestion de la fortune a été laissée à la mère cf. Kübler : *Sav. Ztschr.*, 31, 187.

(6) Cf. 5, 34, 2 ; 5, 62, 4 ; et Weiss : *Arch. f. Pap.*, IV, 84$_3$.

(7) Cf. Dans la pratique provinciale on dit un ὑπογραφεύς pour un ἀσθενής τὰς ὄψις (Oxy 911$_6$), cf. Mitteis : *Sav. Ztschr.*, 30, 403, et *Grundz.*, p. 251.

usus ejusdem aquae pertinet, praetoris edictum non permittit ducere. Le requérant croit qu'il lui est permis de diriger l'eau du champ de son voisin sur son champ, même contre la volonté du voisin (1). C. 4, 19, 2 se refère, comme il a été déjà remarqué par MITTEIS (2), à la diadikasie grecque. Dans la C. 3, 32, 2 il s'agit de la propriété de l'étage (3). Le requérant ne savait pas, si la partie supérieure de l'édifice construite par son voisin lui appartenait. Ces doutes pouvaient naître seulement chez un homme, qui considérait la partie supérieure de l'édifice, par analogie avec le droit local, comme une chose indépendante au point de vue juridique.

Un vaste matériel se trouve dans les constitutions pour le *droit de gage.* C. 8, 13 (14), 1 nous présente un exemple de la *lex commissoria* relative au gage (4). Dans la C. 4, 24, 6 nous trouvons la règle, selon laquelle la perte du gage est à charge du créancier (5). C. 4, 24, 1 appartient-elle aussi à la question ici traitée? Cela dépend de la question litigieuse aujourd'hui dans le droit romain, si la possession du gage donne aussi le droit d'usage ou non (6). C. 8, 40, 2 ; 8, 40, 17 ; 8, 13, 8 défendent l'idée qu'au cas où, pour une seule et même dette, sont constitués simultanément le droit de gage et une caution, le créancier doit chercher d'abord à se payer sur l'objet du gage : la caution est responsable du reste (7). C. 8, 14 (15), 3 et 8, 9, 1 supposent l'existence d'une opinion juridique d'origine hellénique, d'après laquelle le droit de gage s'éteint par l'aliénation de son objet (8).

---

(1) Cf. Mon *Privatrecht*, p. 244.

(2) *Reichsrecht*, p. 50*a*,

(3) Cf. CUQ : *Inst*^{2}, 254.

(4) TIMOTHEO : Debitor qui pignoribus profitetur se creditoribus cedere, nihilo magis liberabitur ; cf. aussi C. 8, 27, 3, et WEISS : *Pfandr. Unters.* I, 34/5.

(5) Cf. WEISS, *l. c.*, 37.

(6) Cf. SOHM : *Institutionen*^{17}, p. 350_{12} ; pour le droit grec : WEISS, *l. c.* ; PARTSCH : *Arch.*, V, 507 (cf. aussi : C. 4, 24, 2 ; 4, 24, 3 ; 8, 27, 1).

(7) Cf. WEISS, *l. c.*, 47/9 ; PARTSCH : *Arch.*, V, 507.

(8) Cf. PRINGSHEIM : *Der Kauf mit fremdem Geld*, 111.

La C. 2, 16 (17), 1 nous indique les modes d'exécution. Dans cette constitution une coutume est mentionnée en vertu de laquelle les créanciers mettent des cachets de gage sur la propriété du débiteur sans être en possession de la sentence (1). C. 8, 22 (23), 3 se refère à une exécution locale ayant pour but l'acquisition de la propriété des biens du débiteur à l'aide d'une *dominii impetratio* extrajudiciaire (ἐμβάτευσις) (2). D'autres constitutions comme 8, 13, 3 s'occupent de l'exécution ayant pour titre des documents exécutoires (3) ; C. 2, 3, 14 spécialement, de l'exécution dont le titre est un compromis muni de la clause καθάπερ ἐκ δίκης (4) (5).

Nous passons maintenant au droit local des *obligations*. Au centre du droit local des obligations se trouve le *document*. Selon le droit local la convention orale ne paraît pas être suffisante pour la validité des affaires et une rédaction par écrit semble avoir été nécessaire. En réalité cette question est très souvent discutée dans les constitutions. Nous lisons — c'était sans doute à l'occasion de l'abrogation d'une opinion de droit contradictoire — dans la C. 4, 22, 1 : *In contractibus rei veritas potius quam scriptura perspici debet* et dans la C. 3, 36, 12 nous voyons que la rédaction par écrit, à l'occasion d'un partage, est considérée comme un *essentiale negotii* (6).

---

(1) Cf. MITTEIS : *Reichsrecht*, 432 ; WENGER : *Signum* (c. s. t. Pauly' Wissowas Realencyclopädie), 9.

(2) Cf. SCHWARZ : *Hypothek und Hypallagma*, 103_1.

(3) Cf. MITTEIS : *Reichsrecht*, 431.

(4) Cf. MITTEIS : *Reichsrecht*, 437.

(5) Au droit romain appartiennent : *a*) Le privilegium dotale de la femme : C. 7, 74, 1, cf. WEISS, *l. c.*, 97_2 ; *b*) Le droit de rétention du gage : C. 8, 26, 1, cf. WEISS, *l. c.*, 54/55 ; *c*) La règle selon laquelle les choses des tiers ne doivent pas être engagées : C. 8, 15 (16), 1, 2, 3, 4 ; *d*) La règle selon laquelle le droit de gage empêche l'affranchissement : C. 7, 8, 2 ; 7, 8, 3 ; 7, 8, 4 ; 7, 8, 5 ; 7, 8, 6 ; 7, 8, 7 (cf. PRINGSHEIM, *l. c.*, 138).

(6) Cf. MITTEIS : *Reichsrecht*, 515. Pour l'importance que l'on attribue aux documents voir : C. 4, 19, 5 ; 4, 19, 6 ; 4, 19, 7 ; 4, 20, 1 (cf. COSTA : *Profilo storico del processo civile rom.*, 164_3) ; 4, 20, 2 (cf. RICCOBONO : *Sav. Ztschr.*, 34, 242/3) ; C. 4, 20, 3 ; 4, 20, 4 (cf. RICCOBONO, *l. c.*).

Cette valeur des documents coïncide avec l'opinion que l'existence d'une affaire juridique peut être prouvée seulement par écrit. Cette opinion est présumée à l'occasion d'une vente dans la C. 4, 19, 4 (1), d'une dette d'argent dans la C. 4, 21, 1 (2), d'une tradition de possession dans la C. 7, 32, 2 (3).

La conception caractéristique populaire, que l'on s'oblige par l'apposition de son cachet sur un document (4), se laisse pareillement constater dans quelques constitutions prédioclétiennes. Dans la C. 4, 51, 2 on renseigne une certaine *Grattia Aelia* : *Distrahente marito rem iuris tui, si consensum non accomodasti, licet sigillo tuo venditionis instrumentum fraude conquisita signaveris, ejusmodi tamen commentum emptori — nullam praestitisse potest securitatem*, et dans la C. 8, 40 (41) 6 une certaine *Polla* : *frustra ex eo, quod tabulas obligationis (pater tuus) ut testis adsignavit, conveniris.* Il est vrai, que dans le second cas il s'agit d'une responsabilité semblable à la caution.

L'importance de l'écriture s'accuse le plus remarquablement dans le *contrat littéral* du droit local. Comme l'on sait, ce contrat prend la forme d'un prêt fictif, et il oblige même dans le cas, où la somme prêtée n'a pas été versée. Nous trouvons souvent de tels contrats fictifs dans les constitutions. C. 4, 31, 6 contient un prêt fictif (5); C. 5, 15, 1 une dot fictive (6); C. 8, 42 (43), 6 une quittance fictive (7). Dans tous ces cas les requérants partent de l'opinion juridique, que l'écrit oblige

(1) Cf. Mitteis : *Reichsrecht*, 515 ; Riccobono : *l. c.*, 233.

(2) Cf. Brandileone : *Rend. d. R. Acad. d. Scien. dell' Ist. di Bologna*, IV, *Ser.* II, p. 148.

(3) Cf. Mitteis, *l. c.*, 516 ; Riccobono : *l. c.*, 234.

(4) Cf. Wenger : *Signum*, 38 ; mon *Privatrecht*, 259_6.

(5) Cf. Frese : *Les institutions du droit gréco-égyptien* (en russe) 168 ; cf. aussi : 8, 32 (33), 2 ; Des documents de prêt fictif accompagnés d'une stipulation sont mentionnés : C. 2, 6, 3 (cf. Rabel : *Sav. Ztschr.*, 28, 328) ; 4, 6, 4 (cf. Rabel : *l. c.*, 329) ; pour C. 4, 30, 5 ; cf. Rabel, *l. c.*, 323.

(6) Cf. Rabel : *Sav. Ztschr.*, 28, 330 ; pour C. 5, 15, 2 ; id., *l. c.*

(7) Par une quittance fictive on accomplit une remise de dette, cf. Frese : *Sav. Ztschr.*, 18, 266 ; Rabel, *ibid.*, 28, 333.

aussi *contra fidem veritatis*. Les Empereurs contestent toutefois la validité du document qui n'est pas conforme au véritable état de choses.

Le contrat *de prêt* est l'objet d'une série d'autres constitutions comme la C. 4, 2, 2 ; 4, 2, 4 ; 5, 39, 2 (1). Nous y trouvons l'idée du droit local, que dans le cas de prêt de l'argent d'un tiers, c'est le propriétaire de l'argent qui acquiert l'action.

L'*achat* est pareillement dans le droit local un contrat réel. L'achat local est l'achat au comptant : la chose achetée vient à la place du prix et le vendeur retient la propriété jusqu'au payement du prix. En outre il y a encore la règle selon laquelle, en cas d'achat avec l'argent d'un tiers, c'est le propriétaire de l'argent qui acquiert la propriété. La première de ces conceptions juridiques ainsi que la seconde sont souvent mentionnées dans nos constitutions (2).

C'est une mauvaise coutume du droit local que dans un document, fait par écrit, une personne fictive, le plus souvent la femme, est nommée comme acheteuse (3). D'après le droit local celle-ci acquiert la propriété, quoique ce soit le mari qui a acheté en réalité l'objet en question. Cette mauvaise coutume est illustrée aussi par une constitution (4).

L'arra de la C. 4, 54, 1 appartient aussi au droit local (5) ; elle est ici un payement partiel et non pas un *signum emptionis et venditionis* comme dans le droit officiel (6).

La C. 6, 2, 2 fait allusion à une très intéressante conception du droit local : *Imp. Severus et Antoninus negotiatoribus.*

---

(1) Cf. PRINGSHEIM, *l. c.*, 109$_6$, 110.

(2) Cf. 3, 32, 6 ; 3, 32, 8 ; 4, 50, 1 ; 4, 50, 3 ; 5, 16, 9 ; 5, 51, 3 ; 5, 56, 3 et surtout PRINGSHEIM, *l. c.*, passim.

(3) Cf. PRINGSHEIM, *l. c.*, 98 ; mon *Privatrecht*, 254.

(4) C. 4, 50, 4 ; cf. 5, 16, 2.

(5) Cf. CALOGIROU : *Die Arrha im Vermögensrecht*, 9, 82.

(6) Il est douteux que la C. 4, 58, 2, dans laquelle le requérant défend le point de vue suivant lequel on est responsable pendant un an de la fuite de l'esclave, se rattache au droit local. Il est possible que le demandeur ait mal compris l'édit des édiles.

Incivilem rem desideratis, ut agnitas res furtivas non prius reddatis, quam pretium fuerit solutum a dominis. curate igitur cautius negotiari, ne non tantum in damna huiusmodi, sed etiam in criminis suspicionem incidatis (a 204).

Le texte de la constitution laisse voir clairement, que les négociants défendaient le point de vue d'après lequel les marchandises volées achetées par eux ne devaient pas être délivrées avant que le prix versé ne leur soit rendu. La même conception se trouve aussi dans le pap. Fay 12 (103 av. Chr.) (1). Ainsi un homme, dont le manteau a été volé, se plaint dans la requête adressée au roi, d'avoir été obligé de payer pour le dit manteau le prix à la personne qui le possédait à titre de gage. Dans le roman de CHARITON, *Chaereas et Callirhoë*, Callirhoë vendue au marchand par les brigands qui l'avaient enlevée, prie ce marchand de la renvoyer chez son père, qui, promet-elle, lui remboursera le prix d'achat (2). Il est dit dans certaines constitutions (cf. C. 3, 32, 23), que le propriétaire revendiquant des esclaves est obligé de rembourser le prix au possesseur, qui les avait achetés d'une personne n'ayant pas le droit d'en disposer (3). Un savant polonais, BOSSOWSKI (4), a remarqué que le Talmud babylonien contenait une pareille disposition. Le Talmud connaît aussi une institution appelée « la protection du marché » qui consiste aussi en ce que celui qui acquiert de bonne foi au marché une chose volée, est obligé de la restituer seulement contre le remboursement du prix payé. A quelque domaine qu'appartienne cette constitution — au domaine sémito-oriental ou hellénique — elle prouve en tous cas la survivance du droit local et sa résistance vis-à-vis du droit officiel.

---

(1) Cf. SCHWARZ : *Die öffentliche und priv. Urkunde im röm. Agypten*, 290.

(2) Cf. PRINGSHEIM, *l. c.*, 39 ; SCHWARZ, *l. c.*, 291,

(3) Cf. mon *Privatsrecht*, 248.

(4) *Czasopismo prawnicze*, 19, 70/1.

Le quatrième contrat réel, mentionné dans les constitutions, est le contrat de *dépôt* avec le συγγραφοφύλαξ dans la C. 4, 34, 5; le contrat était exécutoire en droit attique par la δίκη παρακαταθήκης contre le sequestre ; le magistrat romain donne en cette occurrence l'*actio depositi* (1).

Bien des conceptions locales relatives au *contrat de louage* se trouvent aussi dans les constitutions. C. 4, 65, 3 traite du droit du bailleur d'expulser le locataire à chaque instant (2). Des dispositions analogues se basent dans les contrats de louage romain sur une clause spéciale (3). Selon l'opinion du requérant dans la C. 4, 65, 12 le dommage subi par le locataire à cause de l'*ingressus latronum* doit être dédommagé par le propriétaire. Nous lisons la même chose dans les contrats grecs (4). La thèse de C. 11, 32 (31), 1 et 11, 32 (31), 2 d'après laquelle le bailleur a le droit de résoudre le contrat de louage, quand il reçoit une offre plus avantageuse, se trouve aussi d'une manière analogue dans les contrats grecs (5).

La C. 2, 56, 1 nous renseigne sur le *compromis* du droit local. Nous y lisons : *Imp. Antoninus A. Nepotianae. Ex sententia arbitri ex compromisso iure perfecto aditi appellari non posse saepe rescriptum est, quia nec judicati actio inde praestari potest et ob hoc invicem poena promittitur, ut metu ejus a placitis non recedatur.* Le requérant était d'avis, conformément au droit local, que le vainqueur dans la procédure par compromis peut intenter l'action *judicati*. L'empereur rejette cette opinion (6).

Il faut peut-être attribuer au droit local *le contrat en faveur des tiers* mentionné dans la C. 8, 37 (38), 3 (7). Comme on sait,

---

(1) Cf. PARTSCH : *Bürgschaftsrecht*, 340.

(2) Diaetae, quam te conductam habere dicis, si pensionem dominae insulae solvis, invitum te expelli non oportet.

(3) BERGER : *Ztschr. f. vgl. Rr.*, 29, 370 et D. 19, 2, 4.

(4) LIPSIUS : *Attisches Recht*, 754_{289}.

(5) Cf. p. e., *C. P. R. T*, 39_{25}, et mon *Privatrecht*, 257.

(6) Cf. MATTHIAS : *Das griechische Schiedsgericht*, 55 (dans le *Rostocker Festgabe für Ihering*).

(7) Cf. FREDERICQ *Les inst. d. dr. gr. &c.*, 79_2.

le droit officiel s'attache au principe, que le contrat n'oblige que les parties contractantes et ne reconnaît pas la validité des contrats en faveur des tiers.

On peut aussi mentionner dans les constitutions quelques détails relatifs au *droit de caution*. C. 4, 35, 6 reflète la conception grecque, suivant laquelle la caution a le droit de se libérer de la dette envers le débiteur, avant son payement (1). C. 8, 40 (41), 5 fait allusion à un *beneficium excussionis*, qui appartient à la caution. Comme on sait ce *beneficium* a été introduit par la Nov. 4 (1). Du rapport entre le gage et la caution il a été déjà parlé auparavant (3).

En fait de *modes d'extinction des obligations* nos constitutions traitent seulement de la *praescriptio longi temporis*. Dans le droit local la *praescriptio longi temporis* est une institution du droit formel de la preuve ; le long silence du demandeur fait supposer que sa prétention n'est pas justifiée. Cette preuve vaut en chaque cas et est admissible contre toutes les actions aussi bien personnelles que réelles (4).

Il nous reste encore quelques questions *du droit de succession*. Les contrats d'héritage sont — des différentes dispositions à cause de mort — seuls traités et discutés. Des contrats pareils se trouvent dans les C. 6, 20, 3 (5) et 2, 3, 15 (6) et sont conclus conjointement avec des contrats de mariage. Dans le premier cas le père stipule que la fille se contentera de la dot et n'aura pas le droit d'hériter ; dans le second cas cepen-

---

(1) Cf. Partsch : *Bürgschaftsrecht*, 275, 277 ; cf. aussi mon *Privatrecht*, 258.

(2) Cf. Brassloff : *Zur Kentnis des Volksrechts*, 25 ; mon *Privar.*, 258.

(3) C. 8, 40 (41), 2 illustre l'ignorance du droit romain chez le requérant. Le requérant croit qu'il n'est pas responsable parce qu'il a employé le mot « ἐγγυῶμαι » ; il ne savait pas qu'on se peut obliger comme caution par les mots grecs.

(4) Cf. Partsch : *Longi temporis praescriptio*, 100 ; cf. 2, 18 (19), 8 ; C. 7, 30, 1.

(5) Cf. Mitteis : *Reichsrecht*, 127 ; Arangio-Ruiz : *Osservazioni*, 17 ; Voess : *Erbrecht und Erbanwärter*, 113.

(6) Cf. Voess, *l. c.*, 113.

dant le père s'engage envers sa fille, qu'il l'instituera héritière avec ses frères. Mais ces contrats sont en contradiction avec le principe romain de la liberté de tester : aussi les empereurs les proscrivent-ils énergiquement.

Un traitement défavorable de la femme, en tant qu'il s'agit du droit de succession, est un trait caractéristique du droit local. Nous en trouvons la preuve d'abord dans la C. 6, 58, 1. Les frères croient avoir le droit d'exclure de l'héritage les sœurs du testateur, conformément au droit grec (1). Dans la C. 6, 58, 3 les enfants du frère refusent le droit de succession à leurs tantes, en prétendant qu'elles ont déjà été dotées par leur grand-père et que, pour cette raison, elles ont perdu leur droit de succession vis-à-vis de la famille (2). La trace de cette dernière idée se trouve aussi dans la C. 6, 58, 1 mentionnée auparavant.

L'étude de la responsabilité pour les dettes montre aussi nettement les influences locales. Dans la C. 4, 2, 1 le demandeur s'est adressé à l'empereur pour demander si la responsabilité qui pèse sur lui en qualité de cohéritier doit être déterminée d'après ce qu'il a reçu de l'hérédité ou proportionnellement à sa part de l'héritage. Selon le droit grec, en vertu duquel l'hérédité est responsable des dettes (les dettes doivent être payées seulement sur l'hérédité) et celui qui reçoit quelque chose de l'hérédité est responsable jusqu'au montant de ce qu'il a reçu, ce *modus emolumenti* doit être d'une certaine importance. La même idée explique l'attitude des créanciers dans la C. 6, 31, 2 (3).

Les idées locales sont à l'origine de plusieurs constitutions relatives aux legs et aux fidéicommis. Le testateur qui dans la C. 8, 28 (29), 1 a défendu au débiteur de disposer de la chose léguée sous peine de perte des champs légués en faveur du

(1) Cf. MITTEIS : *Reichsrecht*, 244, 348.
(2) Cf. MITTEIS, *l. c.*, 348.
(3) Cf. PARTSCH : *Bürgschaftsrecht*, 246*b*).

fisc, était surement un provincial, qui testait conformément à la pratique locale (1). De même les legs de Cornélie Salvia en faveur de l'universitas Judaeorum dans l'Antiochia provient des milieux provinciaux (2) ; l'empereur les déclare nuls d'après le droit officiel. Un état de choses du droit local sert aussi de base au testament d'Auluzanus dans la C. 6, 46, 3 qui laisse les legs à la condition : *si cum focaria sua matreque moraretur.*

Les donations du droit local forment un chapitre important des constitutions. Dans deux endroits (C. 8, 55 (56), 2 et 8, 55 (56), 3) nous avons des preuves qu'elle peut être révoquée sans aucune restriction (3). Il est superflu de dire que le droit officiel n'admet pas cette idée.

Enfin une constitution coacernant la procédure : C. 2, 1, 4 peut être mentionnée. L'empereur y rejette l'opinion d'un certain Epaphroditus d'après laquelle le demandeur aurait le droit d'examiner les documents des tiers. En effet le demandeur avait ce droit dans le procès grec (4).

Notre examen a abouti à une nouvelle confirmation de la thèse de MITTEIS d'après laquelle les éléments locaux se sont conservés presque dans tous les domaines du droit local après la *constitutio Antoniniana* (5) : presque toutes nos constatations proviennent de cette époque. L'élément local était invincible et se préparait à la transformation du droit officiel conformément à son esprit.

R. TAUBENSCHLAG.

(1) Cf. 32, 28, § 3 (Scaev.), et HUSCHKE : *Multa und sacramentum*, 314_{38}.
(2) C. 1, 9, 1.
(3) Cf. RICCOBONO : *Sav. Ztschr.*, 34, 193, et mon *Privatrecht*, 266.
(4) Cf. LIPSIUS, *l. c.*, p. 869.
(5) Cf. *Reichsrecht*, 209 et sq.

LE DROIT ROMAIN EN 1793 A MONTPELLIER

PAR

PAUL VIARD

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT DE
L'UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

LE DROIT ROMAIN EN 1793 A MONTPELLIER

Trop brève expression de respectueuse estime scientifique et de sympathie personnelle à l'égard de l'éminent Jubilaire auquel elles sont offertes, ces quelques pages désireraient contribuer à faire plus connaître la persistance de l'ancien droit français durant la période dénommée, parfois peut-être avec ignorance ou hostilité : Droit intermédiaire (1789-1804). Certes, l'on sait que l'article 7 de la loi du 30 ventôse an XII (21 mars 1804) est le plus ancien texte qui abroge, à l'occasion de la promulgation du *Code Civil des Français*, « les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements... ». Telle coutume, telle institution juridique ont provoqué en l'espèce chronologique des travaux justement appréciés (1). Mais ces recherches sont loin de donner complète satisfaction aux historiens, car leur nombre est encore restreint (2) et, semble-t-il, les pays de droit écrit ont été assez négligés jusqu'à présent (3). Cependant, des ques-

(1) Par exemple : Champeaux, *Les parentèles en Bourgogne et dans l'ancienne France avant la loi de nivôse an II* (*Revue d'histoire du droit*, 1924) ; Bridrey, *Les derniers jours de la Coutume de Normandie* (*Revue historique de droit*, 1923, p. 145-6), et sur la Réserve héréditaire, *Travaux de la Semaine d'histoire du droit normand tenue à Jersey* 1923 (Caen, 1925, pp. 156-190). — Falletti, *Le retrait lignager en droit coutumier français* (Thèse Paris, 1923), pp. 508-515.

Cf. Marcel Marion, *De quelques survivances du droit coutumier pendant la Révolution...* (*Revue historique de droit*, 1925, pp. 634-640).

(2) Cf. André Mater, *l'Histoire juridique de la Révolution* (*Annales Révolutionnaires*, 1919, pp. 429-458), et Albert Mathiez (*Annales historiques de la Révolution française*, 1925, p. 188).

(3) Il serait fort désirable, par exemple, que M. J.-A. Boyé poursuive sur l'inaliénabilité dotale ses recherches auxquelles paraît devoir mettre un brusque arrêt, la disparition du Parlement de Bordeaux (*R. h. D.*, 1924,

tions comme l'autorité paternelle, le régime matrimonial, l'unité de masse successorale, l'institution d'héritier par testament avec large faculté de disposition à cause de mort, n'ont point été sans provoquer de vifs conflits entre les législateurs nouveaux et certaines traditions méridionales, d'origine romaine (1).

Toutefois, et en ce moment, ces recherches relatives à ces divers objets d'études rétrospectives ont dû se limiter à une ville, autrefois et aujourd'hui centre d'études universitaires et amie du droit romain, et aussi à une seule année. 1793 fut choisie. Pour beaucoup, 1793 incarne la Révolution, appréciation fréquente chez les littérateurs :

> « Sombre Quatre-vingt-treize ! Epouvantable année,
> De lauriers et de sang grande ombre couronnée
> Du fonds des temps passés ne te relève pas » (2).

Particulièrement agitée dans les départements fédéralistes comme l'Hérault, cette année comporta cependant des mariages et des constitutions de dots, des successions et des testaments, des emprunts, ventes, hypothèques et autres actes juridiques connus en temps calme et sans que de bien graves modifications eussent été apportées par la seule pratique à l'*usus hodiernus Pandectarum*. Significative, en ces deux sens, est la procuration générale donnée par le maire de Montpellier, Durand, le 30 juillet, lorsque décrété d'arrestation il se confiait dans la réalité de ses capacités administratives et aussi

---

p. 514, n. 1). — Malgré les promesses de sa Table des Matières, la thèse de M. Boyer (*Recherches historiques sur la résolution des contrats*, Toulouse, 1924) passe de « nos vieux auteurs » à la préparation immédiate du dernier projet de Code Civil, vg. p. 412, n. 1.

(1) Cf. Philippe Sagnac, *La législation civile de la Révolution française*, Essai d'histoire sociale (Thèse lettres, Paris), 1898, vg. pp. 217/8.

(2) A. Barbier, *Iambes et Poèmes* (16me éd. 1865), p. 19. Le poète oublie notamment la « flaque rouge » du Décret du 22 prairial an II (10 juin 1794), et la victoire de Fleurus du 8 messidor an II (26 juin) et plus tôt l'abolition, timide, du régime féodal et plus tard la loi d'assainissement des finances publiques (9 vendémiaire an VI, 30 septembre 1797).

de sa collaboration effective et désintéressée au ravitaillement de sa commune pour ne pas éviter de comparaître devant le Tribunal criminel extraordinaire de Paris (1).

De la présente étude, les éléments documentaires locaux exigeraient une longue et préalable élaboration (2). On a dû se borner à un registre de minutes notariales (3) et à un choix de sentences de tribunaux de famille (4). Il convient d'y joindre le Manuel si utile de SERRES, professeur en Droit Français à l'Université de Montpellier ; à diverses reprises, il signale, en effet, les différences entre le Droit écrit général et les usages locaux et son livre est expressément cité (5) ou tacitement (6), sinon maladroitement (7) reproduit dans les jugements arbitraux entre parents (8).

(1) Cf. DUVAL-JOUVE, *Montpellier pendant la Révolution*, II, 1891, vg. pp. 58-147, et DOMENGE-DUSFOUR, *Les Subsistances dans le district de Montpellier* (Thèse Droit Montpellier, 1924), vg. pp. 89, 90, 110.

(2) Aucune étude ne paraît avoir été encore faite sur la jurisprudence du Tribunal de District, les justices de paix ou bureaux de conciliation.

(3) EUGÈNE-PASCAL PÉRIDIER succédait à BARTHÉLÉMY PÉRIDIER, qui très souvent est l'un des témoins instrumentaires ou probatoires (vg. n. 27, 9 février), et précède BARTHÉLÉMY-PASCAL PÉRIDIER. Le registre, conservé aux Arch. dép. Hérault, Série E., contient entre le 1er janvier 1793 et le 10 nivôse an II (30 décembre 1793) une série de 264 actes. Abbrév. PÉRIDIER, avec le numéro et la date de document, sans répéter le millésime.

(4) Libéralement communiquées par M. FERRET qui termine la rédaction d'une thèse de Doctorat en droit sur les *Tribunaux de Famille à Montpellier* (1790-1796). Abbrév. FERRET et la date du jugement.

(5) Vg. FERRET, 5 juin 1793 : « authorités citées par SERRES et ses Institutes de droit français, p. 154 » (dans la 3e édition, p. 135). Il s'agit de la loi 9 au Code de Rei Vindicatione et de Ferrières, repetitio ad caput Raynutius, p. 358.

(6) Vg. FERRET, 16 mars 1793 : « suivant les arrêts cités par le commentateur de l'Ordonnance de 1667 au titre 29, de la Reddition de comptes ». Le passage se retrouve dans SERRES, p. 57.

(7) Vg. FERRET, 10 juin 1793. A supposer que la loi *Si unquam* puisse s'appliquer aux révocations de donations entre oncle et neveu, il est au moins surprenant d'invoquer les Ordonnances de 1556, 1639 et 1697 qui visent les mariages conclus sans l'agrément des père et mère ; le neveu est prêtre. On a copié, sans plus, SERRES, p. 127.

(8) *Les Institutions du droit François suivant l'ordre de celles de Justinien...*, par CLAUDE SERRES, avocat et professeur en droit français en l'Uni-

En ce qui concerne l'état et la capacité des personnes, les règles d'inspiration romaine continuent d'être observées, sauf expresse abrogation légale.

Par la *patria potestas*, le père de famille concentre en lui l'individualité juridique de ses enfants non émancipés. Entre eux, un contrat ne se conçoit pas. Les arbitres d'un tribunal de famille (1) annulèrent pour ce motif une donation de tous ses biens faite « à prendre après sa mort » par un père à l'un de ses fils. Celui-ci invoquait le principe de l'irrévocabilité des donations mais il lui fut objecté « qu'en point de droit... la puissance paternelle étant un obstacle qui empêche que la donation... soit irrévocable » elle doit être confirmée par le silence du donateur jusqu'à sa mort. Or en l'espèce, le père a introduit une instance en révocation, ce qui est un indice manifeste de changement de volonté. « Considérant que ces principes du droit Romain n'ont reçu aucune altération par la disposition du droit français », les arbitres les appliquent et d'autant plus facilement, que l'article 46 de l'Ordonnance de 1731 vise expressément cette exception à la règle de l'irrévocabilité (2). Dans les actes d'émancipation, le père a soin de déclarer qu'il accorde à son fils la mise hors de la puissance paternelle « consentant qu'il fasse en seul ses affaires et passe tous actes et contrats qu'il jugera à propos » (3). La prescription ne court pas contre les enfants en puissance

---

versité de Montpellier. 3e éd. 1778. La Jurisprudence, par le moyen ordinaire de SERRES, est indiquée comme provenant du recueil connu de CATELAN.

J'ai estimé préférable, peut-être avec trop de timidité, de ne donner que les initiales en ce qui concerne les parties aux actes ou procès, sauf quelques exceptions. En principe, d'ailleurs, les personnalités importent peu en le présent genre d'études historiques.

J'ai volontiers cité, en tout ou en partie, les textes notariés ou judiciaires parce que semblables documents ont été, me semble-t-il, encore rarement édités pour une période digne, au moins autant que d'autres, de la bienveillante attention des historiens du droit.

(1) Parmi eux, un notaire et un homme de loi (FERRET, 23 janvier 1793)

(2) Cf. SERRES, p. 120 ; Ordonnance dans ISAMBERT, XXI, p. 354.

(3) PÉRIDIER, nº 83, 15 avril, et nº 50, 17 mars.

« car ils ont resté sans action tant que cette puissance à duré » (1).

Le mariage n'émancipe pas, même s'il est contracté avec le consentement du père. Un fils marié « depuis près de 8 ans » demande son émancipation « pour lui procurer les moyens de faire plus facilement ses affaires ». « A laquelle prière », le père « ayant égard » renonce « à tous droits sur les biens acquis depuis le mariage ou plus tard » ; « de laquelle émancipation ledit ... fils a remercié son père et a promis de lui continuer le même honneur et respect qu'il lui doit » (2). L'abandon de la puissance paternelle s'opère par déclaration, provoquée ou non (3), faite par le titulaire en présence du fils et dont un notaire dresse procès-verbal ; sur ce point, la pratique n'exigeait plus la comparution devant l'autorité judiciaire que prescrivait Justinien (4).

Toutefois, les innovations de la Législative furent accueillies par des arbitres qui appliquent la loi du 28 août 1792 d'office. Il est plus que probable que le marié depuis prés de 8 ans, dont nous venons de constater l'émancipation en mars 1793 avait dépassé la date de la nouvelle majorité (21 ans) car il avait pu se marier dès l'âge canonique et romain de 14 ans. Y eût-il ici ignorance ou mépris de la loi? Il est difficile de choisir car l'acte notarié, comme la plupart des autres minutes Péridier, ne comporte pas l'indication de l'âge des contractants (5). En tout cas, la distinction entre les *biens adventifs*

(1) FERRET, 27 octobre 1793.

(2) PÉRIDIER, n° 50, 17 mars. Selon SERRES, p. 46, la coutume de Montpellier émancipant les enfants par le mariage n'est pas suivie dans la pratique, ce que confirment les textes en 1793.

(3) L'émancipation paraît spontanée dans PÉRIDIER, n° 83, suprà et n° 53, 18 mars.

(4) SERRES, p. 48.

(5) Les descriptions précises d'état-civil y sont rares comme dans les sentences des tribunaux de famille ; souvent, l'on se borne aux nom, prénoms en ajoutant « habitant de Montpellier » ou autre localité. Ceci explique la fréquence, relative, des actes de notoriété constatant l'identité de telle

persistait en décembre 1792 et les actes d'émancipation de 1793 mentionnent l'abandon par le père « même et par exprès de la portion dudit usufruit que la loi lui accorde et qu'il aurait pu se retenir pour prix » de son geste libérateur (1).

De même, en janvier 1793, un père « en sa qualité de légitime administrateur *de la personne et des biens* de son fils unique » reçoit des capitaux dûs à son fils pour motifs assez complexes. Mais le 28 frimaire an II (18 décembre 1793) un autre père acquiesce à un jugement en sa qualité de « légitime administrateur des *biens* de ses enfants » sans plus (2).

Entre le père et l'enfant existe une réciprocité de sentiments qui atténue la rigidité du droit. Ici les tribunaux de famille, sans ignorer la législation romaine, usent volontiers du droit naturel, de l'équité et idées analogues. Du moins, ils citent des mots latins et les traduisent. Le 6 octobre 1793, quatre jurisconsultes fixent le taux d'une pension alimentaire en tenant compte des charges familiales propres du fils, de sa véritable situation de fortune et vu « le renchérissement des denrées, étoffes et autres choses de première nécessité » en « considérant que c'est... une obligation de droit naturel et une véritable dette dont un fils est chargé envers son père de lui donner un secours, surtout quand il peut le faire : *parentibus vero non prestitis alimentis sed redditis* ; de plus qu'il est de l'ordre naturel que le fils rende au père dans sa vieillesse ce que le père lui a prêté dans son enfance » (3). Après avoir constaté en décembre 1792 le droit du père sur-

---

personne désignée sous des prénoms divers ou autres éléments juridiques dans différents contrats, procès, etc. Cf. PÉRIDIER, n° 256, 29 frimaire an II (19 décembre 1793) ; cf. 243 (13 frimaire), 244, 262.

Sur la disparition de la *patria potestas*, cf. vg. SAGNAC, pp. 310/311.

(1) PÉRIDIER, n° 83, suprà ; n° 16, enregistrement le 25 janvier 1793, dans les minutes du notaire de la sentence arbitrale du 15 décembre 1792 ; cf. n° 50, suprà. En ce sens, SERRES, pp. 144, 148.

(2) PÉRIDIER, n° 1, 1er janvier ; n° 255, 28 frimaire an II.

(3) FERRET, 6 octobre 1793. Le père a 76 ans, le fils est avoué.

vivant à un gain de survie stipulé par contrat de mariage et celui des héritières de la défunte à opposer la compensation avec les sommes dues à la succession de leur mère, les arbitres organisent le paiement, sous noms variés, du montant de cet augment de dot et une pension alimentaire « considérant qu'il s'agit ici de père vis-à-vis de ses enfants, que la rigueur de droit peut être tempérée par des raisons d'humanité et que la nature et les lois font un devoir aux enfants de venir au secours de leur père » ; « d'autre part la situation présente exige un secours momentané, qu'il est même indispensable de le régler et fixer de manière que les effets de la piété filiale des citoyennes P.... ne tournent au profit des créanciers de leur père (1).

Les enfants majeurs et émancipés peuvent librement contracter et disposer par testament (2).

Le droit romain réapparaît avec plus de netteté, sauf les modalités de procédure (3), dans les rapports, souvent embrouillés, des tuteurs et pupilles et qu'il est loin de rendre clairs, malgré les efforts des arbitres exigés en la circonstance par l'article 12, titre X de la loi du 16 août 1790. Un mari, tuteur datif de la fille née en premier mariage de son actuelle épouse, voit invoquer la loi 55 *de periculo et administratione tutorum*, la loi 7 au même titre du Digeste, un autre texte émanant du titre *De legitima tutela* et s'entendre condamné à rendre compte selon la loi 1 *de tutela et rationibus distrahendis* car « en un mot il est tenu *prestare dolum et lerem culpam et quantam in rebus suis diligentiam* » ou plus clairement, en français du moins, « étant de maxime générale que le tuteur est responsable de tout ce qu'il devait faire et qu'il n'a pas

(1) Péridier, n° 16, 25 janvier 1793 (8 folios pleins)

(2) Péridier, n° 191, 28 août ; n° 134, 26 juin ; n° 123, 7 juin.

(3) Vg. « l'oyant compte » le reçoit « suivant l'ordonnance de 1667 (Ferret, 4 février 1793). — Il est bien question dans un acte (Péridier, n° 218), du 21 septembre 1793 de « noms, droits, voix et actions » cédés avec les biens corporels, mais l'acte reproduit est antérieur à l'époque révolutionnaire et le récent texte fait mention des juridictions organisées en 1790.

fait ou qu'il a fait et ne devait pas faire ». L'Authentique *Matri et aviae* (1) « suivie en France » intervient opportunément pour écarter l'ayeule de la jeune G. de la tutelle et par suite de l'application de la jurisprudence du Parlement de Toulouse « selon CATHELAN » (2). En un autre cas, la veuve tutrice ayant omis de faire nommer des tuteurs lors de son second mariage sera condamnée à restituer la valeur des biens meubles sur le serment *in litem* des réclamants, limité par la commune renommée, et le produit de baux passés au nom de ses enfants selon qu'ils sont morts en temps de puberté ou de « pupillarité » (3).

Les notaires reçoivent les contrats de mariage avec stipulation des fiançailles ; les futurs « ont promis de se prendre et épouser en légitime mariage en la forme prescrite par la loi et après la publication des bans » (4). Suit la constitution de dot. Peut-être verrait-on ici l'*instrumentum dotale*, le *nuptiale mysterium*? Je croirais plus volontiers à la persistance des formes canoniques de la célébration du mariage à la porte de l'église, devenue ici l'étude du notaire, la *dos* se substituant au douaire (5).

Par contre le régime des biens entre époux est fortement inspiré du droit romain. La fiancée, ou son père, constitue une dot qui peut comprendre tous ses biens ; par exemple en cas de remariage (6), ou les meubles indispensables au nouveau ménage (7) ou une somme à verser de suite ou par

(1) Cf. Code JUSTINIEN : l. V. t. 35, constitution 2. La référence *quando mulieribus tutelae off(eruntur)* n'est pas exacte mais SERRES (p. 51) analyse la loi et son témoignage permet de l'identifier.

(2) FERRET, 16 mars 1793.

(3) FERRET, 4 février 1793.

(4) PÉRIDIER, nos 6 et 14, 1er janvier.

(5) Cf. CHÉNON, *Recherches historiques sur quelques rites nuptiaux* (*Nouvelle Revue historique de droit*, 1912, p. 629).

(6) PÉRIDIER, no 11, 12 janvier ; FERRET, 5 juin 1793

(7) PÉRIDIER, no 35, 21 février.

échéances (1). Des deniers, des objets divers, des immeubles en font partie (2). A leur égard, le mari est « maître » et agit comme tel. Mais il doit sagement administrer.

Ainsi, le mari assurera le remploi par l'acquéreur de la somme due pour une vente et ce, non sans minutieux détails. Le 17 février 1793, un mari « maître des biens dotaux de sa femme » reçoit le solde du paiement du prix « d'une pièce terre champ que led. L. en sad. qualité vendit aud. M. » ; il « le reconnaît et assure sur tous et chacuns de ses biens présents et avenirs et pour la sûreté dud. payement il déclare qu'il laissera lad. somme (800 li.) placée et hypothéquée sur une maison qu'il va vendre par ce même acte ». Sur le prix l'acquéreur conservera en mains les sommes dues à titres divers à la femme dotée, d'autant plus que le vendeur n'a pas encore eu l'occasion de payer son propre ayant-cause ; ce dernier, tenu également à remploi dotal, lui confia le montant de la dot de sa femme « jusqu'à ce que led. V. trouve à la placer sur un bienfonds de bonne éviction »; la cession de créance en capital se complète d'une cession d'intérêts directement payables par B. à V.; le reste du prix portera intérêt à 5 % et « led. L. ne pourra exiger payement dud. B. qu'en l'employant en acquisition de biens-fonds de bonne éviction et en l'avertissant 6 mois à l'avance » (3). La transmission de la propriété n'est point subordonnée à l'efficacité de ce remploi (4).

Le mari a qualité pour recevoir le paiement de la dot, même si le constituant ne l'opère pas et laisse ce soin à l'un de ses enfants, assez peu zélé lui aussi et qui fait toutes réserves au sujet de réclamations sur la succession paternelle « attendu que par son contrat de mariage il ne s'était obligé que de

(1) PÉRIDIER, nº 6, 5 janvier, et nº 5, 4 janvier.

(2) FERRET, 29 octobre 1793. Les « dorures », c'est-à-dire bijoux, sont souvent estimées à part (PÉRIDIER, nº 5 et 6 suprà).

(3) PÉRIDIER, nº 32, 17 février.

(4) Cf. dans les minutes PÉRIDIER, copie sans autre forme d'un acte du 19 frimaire an II (9 décembre 1793).

payer la moitié de lad. légitime et qu'il a fait l'entier paiement pour éviter toute contestation » (1). Il peut aussi obtenir annulation d'une cession de créance comprise dans les biens dotaux de son épouse si celle-ci alors mariée n'avait pas donné à son premier mari libre procuration au sujet de ses biens paraphernaux qu'elle s'est constitués en dot lors de sa seconde union (2).

La terre faisant partie d'une dot est « par conséquent inaliénable *constante matrimonio* suivant les lois de la matière » ; l'acquéreur de mauvaise foi, comme ayant entendu lecture du contrat de mariage, n'aura droit qu'au remboursement du prix, à une éventuelle indemnité pour réparations et améliorations utiles, mais remboursera les fruits perçus depuis le commencement de l'instance (3). Si en compensation de ses dettes personnelles, le mari a vendu un immeuble dotal, il pourra demander avec succès l'annulation de la vente par le tribunal du district de Montpellier. Mais il sera tenu au reversement du prix d'achat « avec dépens de la garantie ». L'épouse proteste, « l'effet de la garantie exercée contre led. S. ne pouvant que retomber indirectement sur elle par rapport à la jouissance qu'il a de ses cas dotaux attendu qu'il ne possède en propriété aucun bien ». Une séparation de biens est indispensable en l'espèce car « elle demeure sans action sans ce préalable suivant la loi 9 au Code *de rei vindicatione* et Ferrières, *Repetitio ad caput Raynutius*, p. 358 » et l'affirmation de Serres ; les arbitres familiaux prononcent cette séparation et par suite l'autorisent « à exercer les actions relatives à la revendication de sa dot et à la révocation de l'aliénation de la terre en dépendant » (4).

La coutume d'estimer dans le contrat de mariage la valeur des meubles constitués en dot évite au mari ou à ses héritiers

(1) Péridier, n° 86, 17 avril.
(2) Péridier, n° 11, 12 janvier.
(3) Ferret, 29 octobre 1793.
(4) Ferret, 5 juin 1793. Cf. Serres, p. 135.

d'avoir une opinion ferme sur l'inaliénabilité de la dot mobilière. Ils en rendront la valeur, ainsi déterminée, même si les meubles ont « dépéri » ; les *dorures* étant à l'usage personnel de la femme sont en dehors de cette règle et donnent lieu, parfois, à des contestations compliquées d'incidents domestiques que chaque partie expose à son gré devant le tribunal de famille qui les met hors de cause faute de savoir, par exemple si la femme O. a vendu ses bijoux pour mieux soigner son mari ou n'a pas, en laissant celui-ci sans plus, emporté une serviette et une nappe dont les héritiers auraient, en quelque forme sommaire, obtenu compensation par la rétention d'une paire de bas (1).

Sur leurs biens paraphernaux, les femmes ont pleine liberté d'administration et de disposition. Deux sœurs mariées, « l'une et l'autre agissantes pour leurs biens libres » et leur sœur « fille majeure » vendent une « terre, vigne et olivette », en transfèrent la propriété, promettent garantie et pour ce « ont obligé et hypothéqué leurs biens présents et avenirs » et reçoivent le paiement du prix sans aucune intervention de leurs maris. Parfois l'épouse charge le « maître des biens dotaux » d'administrer les autres biens de sa femme ; parfois aussi il sera le « procureur fondé » d'autres personnes de la famille et agira, dirait-on, en main commune (2).

* * *

L'influence des idées nouvelles et les infiltrations du droit coutumier sont plus nettes sur le régime juridique des biens et

(1) PÉRIDIER, n° 5, 4 janvier 1793 (enregistrement dans les minutes notariées de la sentence d'un tribunal de famille du 23 décembre 1792) ; cf. n° 9, 8 janvier 1793, quittance avec imputation de la valeur d'une couverture de laine blanche, emportée (par hasard ?). Ainsi l'héritière de son neveu vend un jardin, une petite maison, les meubles la garnissant dont « un lit à l'impériale peint en gris » comme « agissant pour ses biens libres » (PÉRIDIER, n° 34, 20 février).

(2) PÉRIDIER, n° 22, 3 février, et n° 208, 21 septembre. Voir infrà les questions relatives à l'augment de dot, viduité, etc.

même les théories relatives aux obligations ou les règles concernant les contrats (1).

Ce serait, en effet, exagérer la persistance de certains souvenirs romains que de retrouver la clause *uti optimus maximus* lors d'une vente d'un fonds de terre « affranchie de tous droits, directe et mouvance » ou « pour toujours de tous obits, pensions et fondations » (2). Symptôme chronologique, que n'auraient pas commenté les Prudents, est l'allusion au rachat fait ou à faire des « droits cy-devant féodaux » dont la charge incombe à l'acquéreur ou au vendeur (3). De tels rachats sont mentionnés incidemment. Un mari donne quittance d'une somme reçue pour le « prix d'une redevance foncière » par lui vendue le 15 janvier 1792 en tant que maître des biens dotaux de sa femme ; un receveur des domaines nationaux perçoit 1200 livres « pour l'extinction et rachat d'une rente annuelle et perpétuelle de 60 livres établie sur une pièce de terre qui fut baillée à locatairie perpétuelle sous lad. rente par les ci-devant religieuses de la Merci de cette ville » et léguée au trop pressé R. (4).

Les documents de la pratique que nous étudions renferment peu d'indications sur les théories générales relatives aux obligations. Tout au plus, l'on dit que l'équité fait obstacle au

---

(1) Il est naturel que les minutes notariales contiennent de nombreux exemples de transmissions de biens ou de contrats. De plus, on « fait élection d'ami » ou l'on adresse des offres de payer à un créancier récalcitrant (Péridier, n° 36, 28 février ; n° 202, 13 septembre).

(2) Péridier, n° 32, 17 février ; n° 22, 3 février ; n° 33, 20 février.

(3) On stipule avec prudence : « s'il est dû » et l'on prévient de la vente les titulaires de ces droits ou leurs représentants, par exemple, les commissaires régisseurs des domaines nationaux (Péridier, n° 10, 10 janvier ; n. 30, 13 février ; n. 19, 30 janvier).

(4) Péridier, n° 25, 7 février ; n° 203, 19 septembre, legs compliqué d'usufruit à la veuve. Sur la locatairie perpétuelle, cf Sagnac, pp. 109, 110. Depuis le 4 août 1789, aucun droit n'était féodal et il était malaisé de distinguer, comme essaya de le faire la loi du 17 juillet 1793, entre les « cy-devant » et les rentes purement foncières. En vertu de cette loi, la locatairie a disparu sans indemnité selon une jurisprudence assez tardive (Cassation, 29 juin 1813 ; Sirey, 1813, I, p. 382; rapporté dans Duvergier, VI, p. 26).

strict droit légal, par exemple entre père et enfants. La loi n'est pas opposable aux conventions privées lorsqu'il s'agit d'intérêts à percevoir sans nulle retenue (1). Le juste prix, attesté par le vendeur, est précisé « eu égard au temps présent » (2). Le prix des ventes ou des prêts s'effectue « en espèces de cours » et « réellement retirées à la vue dud. notaire » et des témoins (3). Les dommages par cas fortuits sont estimés à forfait et la somme convenue vient en déduction du fermage (4). De l'ensemble de ces indications paraît résulter l'idée du *Debitum*, ou échange de prestations à peu près équivalentes, une sorte de *condictio generalis* (5). Cette idée n'est pas spécifiquement romaine.

Dans la vente, la clause qui retient l'attention est celle de dessaisine-saisine, d'origine antiféodale et coutumière. Le 10 janvier 1793, tel « habitant de cette ville » vend à tel autre « icy présent, stipulant et acceptant » ; « led. citoyen G. s'est démis et dépouillé de la susd. maison, en a saisi et investi led.

(1) Il s'agit notamment des retenues par ou pour impôt. PÉRIDIER, n° 19, 30 janvier 1793 : délai de remboursement de six ans sans que ni le créancier ni le débiteur puisse le modifier ; intérêts à 5 % « quittes et exempts de toutes retenues pour la contribution foncière et de toutes autres impositions et contributions publiques, créées et à créer sous quelque dénomination qu'elles puissent l'être et en quelque forme que la perception en soit établie, led. B. s'obligeant de les acquitter à la décharge dud. F. non obstant toutes lois et règlements contraires au bénéfice desquels led. B. renonce par exprès ; 3° que lesd. intérêts ne pourront être exigés sur un pied plus fort de 5 %, ni être payés sur un moindre taux nonobstant pareillement toutes lois et règlements au bénéfice desquels il est réciproquement renoncé par les parties : les trois clauses ci-dessus étant absolues et de rigueur ».

Cf. PÉRIDIER, n° 10, 10 janvier ; n° 22, 11 février ; n° 152, 28 juillet.

(2) PÉRIDIER, n° 10, 10 janvier.

(3) PÉRIDIER, n° 19, 30 janvier.

(4) PÉRIDIER, n° 152 *supra* ; n° 128, 16 juin : « lad. veuve H. baille en table aud. fermier sept poules et un coq et le fermier sera tenu de lui bailler annuellement sept douzaines d'œufs et 7 poulets, les lapins devant être partagés ».

(5) PÉRIDIER, n° 10, 10 janvier : « moyennant ce » ; cf. n° 28, 11 février, « au moyen de ce ». Cf. pour l'ensemble juridique, CORNIL, *Debitum et Obligatio* (Mélanges GIRARD, I, 1912). — Un arbitrage (FERRET, 4 février 1793) écarte une demande de « l'an de viduité » faute de versement effectif de la dot.

citoyen R. consentant que dès aujourd'hui il en jouisse, fasse et dispose à ses plaisirs et volontés ». Mais se présente la clause de précaire, interprêtée d'une façon particulière par le Parlement de Toulouse. On note : « la susd. maison vendue en précaire jusqu'à l'entier paiement du prix ». Les souvenirs de droit romain sont à négliger en l'occurence car la propriété est transmise et il ne s'agit que d'une hypothèque avec de particuliers avantages, par exemple contre le seigneur, que cette disposition contractuelle assurait au vendeur (1). Une hypothèque spéciale et générale renforce cette affectation du bien vendu (2). Le vendeur, s'il y échet, subroge le prêteur des deniers à lui versés au nom de l'acquéreur en ses « droits, privilèges et précaire » (3). Si le paiement a lieu comptant il est normal que cette réserve au profit de l'aliénateur n'existe pas, sans que changent les termes du transfert de propriété (4).

Le vendeur promet garantie à son acheteur en termes assez généraux. Mais le cédant d'une créance ne garantit que « la loyauté de la dette » et évite de se compromettre dans les détails de remploi, subrogation ou autres (5).

Le louage de services, assez rare quoique non inconnu en droit romain (6), se présente sous forme de contrat d'apprentissage passé par l'intéressé ou par son père, qui sera responsable des humeurs vagabondes de son fils. Il paiera, en ce cas, les frais de remplacement de « l'apprentif » qui s'oblige de servir et travailler au profit de son patron « et de lui obéir en tout ce qu'il lui commandera concernant led.

---

(1) SERRES, p. 92, est très net sur cette différence. Cf. clause de constitut et précaire en PÉRIDIER, n° 32, 3 février, et BOYER, *op. cit.*, p. 376-378.

(2) Vg. PÉRIDIER, n° 32 où la garantie se complique de subrogation, n° 10, 10 janvier : « obligé et hypothéqué... par exprès led. R. lad. maison vendue en précaire jusqu'à l'entier paiement du prix ».

(3) PÉRIDIER, n° 19, 30 janvier.

(4) PÉRIDIER, n° 12, 15 janvier.

(5) PÉRIDIER, n° 179, 21 août.

(6) Vg. CORNIL, *Droit Romain, Aperçu historique sommaire*,, Bruxelles, 1921, pp. 288, 346.

métier sans pouvoir le quitter avant led. délai de 3 années.... Et moyennant ce. s'oblige led. B. d'apprendre aud. L. fils led. art de serrurier sans lui rien cacher et de le loger et nourrir pendant led. délai de trois années sauf le cas de maladie ». Il recevra d'ailleurs du père 300 livres dont 100 de suite (1).

A moins d'assimiler deux sœurs d'âge non déclaré au vieux et procédurier Caton, il me semble difficile de découvrir des traces ostensibles du droit romain dans tel bail de jardin, vigne ou maison. D'autres affermages ne manquent point de précision. S'il s'agit d'un bail à demi-fruits, le bailleur tient à recevoir « le vin à trait de cuve et au pressoir et l'huile au moulin » ; il loue son immeuble « portes et fenêtres ouvrantes et fermantes, vitres saines et entières et les éviers et conduits allants et coulants » (2).

Par contre les termes empruntés au droit coutumier et féodal donnent le sentiment d'un droit commun sans grande nuance originaire. On baille ou « donne en arrentement » ou « moyennant la rente annuelle ». Suivant les contrats, *Vente passe Louage* ou non ; il est prudent de ne point trop se préoccuper de la loi *Emptorem* et de préciser « s'obligeant led. D. d'entre-

(1) PÉRIDIER, n° 28, 11 février ; n° 241, 12 frimaire an II (2 décembre 1793).

(2) PÉRIDIER, n° 152, 28 juillet : ...Suzanne-François A.... et Marguérite A.... sœurs..., lesd. fermiers demeurent chargés de l'estime ou table dud. jardin fixée par le bail actuel à 340 livres y compris le rouage et la rabasse de puids à roue, lequel estime ils ne pourront augmenter de plus de 120 li. pour le porter à 500 et s'ils le faisaient l'exédent tournerait au profit desd. citoyennes A... comme condition expresse ; ...lesd. fermiers conserveront les allées dans la même forme, longueur et largeur ... de même que l'espace de quatre pans de la palissade des coignassiers ... seront tenus de donner l'eau nécessaire pour arroser lad. palissade ... d'entretenir la banquette qui est depuis une porte allant des Récollets jusqu'au Verdanson où il y a des arbres fruitiers que lesdites citoyennes A. se réservent de même que les violettes qui sont le long des allées sans d'autres fleurs. Interdiction de sous-affermer ou d'associer au bail. ...lesd. fermiers ne pourront semer du millet ou du blé d'Espagne qu'aux sous-aigues et au bord des tables...

Cf. PÉRIDIER, n° 181, 22 août 1793 ; n° 128, 16 juin.

tenir la police d'afferme ou d'indemniser le fermier à raison de sa non-jouissance s'il voulait l'évincer ». Tel acquéreur d'un bien national accepte de continuer le bail (1).

Les documents consultés contiennent encore quelques mentions relatives à d'autres contrats. On rencontre des liquidations et des quittances plus ou moins développées (2). Les mandats ou procurations sont assez fréquents et ne comportent rien de spécifiquement romain. Il est question des juridictions nouvelles et de la tendance de l'époque à l'arbitrage. Celle du maire Durand est caractéristique et emprunte aux circonstances historiques une importance particulière. « Par devant les notaires à Montpellier fut présent le citoyen Jean-Jacques-Louis DURAND, maire de cette ville lequel a fait et constitué pour son procureur général et spécial le citoyen... (3) Durand son cousin, négociant, habitant de cette ville auquel il donne pouvoir de pour lui et son nom d'agir et administrer ses biens et affaires, recevoir toutes et chacunes des sommes qui lui sont et seront dues à l'avenir, les capitaux, loyers, prix de ferme et autres sommes quelconques à quelque titre qu'elles sont dues, de tous deus fournir quittance et décharge valable, à défaut ou refus de paiement faire les poursuites et diligences nécessaires, faire toutes ditations et comparutions devant les tribunaux de paix et bureau de conciliation, se concilier s'il y a lieu et en cas de non-conciliation faire toutes poursuites devant les tribunaux, défendre aux instances qui pourraient être intentées contre lui, obtenir tous jugements, les faire mettre à exécution, constituer tous

(1) PÉRIDIER, n° 32, 3 février ; n. 85, 17 avril. Cf. SERRES, pp. 358, 359.

(2) PÉRIDIER, n° 3, 3 janvier : « montant de la quittance de finances appartenant auxd. créanciers provenant de la liquidation de l'office de payeur triennal des gabelles du Languedoc dont lesd. créanciers étaient propriétaires et dont led. P. était pourvu » ; n° 17, 26 janvier : mandat de liquidateur amiable ; acquiescement à un jugement, n° 255, 28 frimaire an II ; renonciation à des droits, n° 136, 28 juin.

(3) Le prénom est laissé en blanc dans le texte de la minute.

avoués, élire domicile, arbitres, transiger aux clauses et conditions que le procureur constitué avisera, substituer un ou plusieurs procureurs, et généralement faire pour la régie et administration des biens du constituant tout ce qu'il pourrait faire lui-même quand bien même le cas requérerait un mandat plus spécial et non exprimé ès-présentes, promettant de ne venir contre ce qui sera fait par led. procureur constitué mais bien le ratifier et généralement obligeant etc. (1). Fait et passé dans la maison citoyen Durand le 30 juillet 1793, l'an second de la République française après-midy et a led. Durand maire signé avec nous notaires » (2).

L'obligation générale confondue avec l'hypothèque générale se retrouve dans tous les actes notariés en souvenir sans doute de l'usage à la fois coutumier et de droit écrit (3). J'ai rencontré l'obligation spéciale dans les contrats de ventes. Dans ces derniers interviennent des lettres de ratification, d'apparence plus fiscale que civile (4). Les subrogations nécessairement complexes sont assez fréquentes, par exemple en matière de remploi de deniers dotaux ou successoraux (5). En somme, la partie du droit qui aujourd'hui est déclarée comme essentiellement romaine ne présente rien de tel, *salvatis servandis*,

---

(1) PÉRIDIER, n° 153. Exemples d'autres procurations, n° 17, 26 janvier ; n° 223, 29 octobre 1793 où le notaire rédacteur de l'acte agit au lieu des « absents ... pour eux stipulant et payant ».

(2) La signature du second notaire est très-rare de même que la passation de l'acte hors de l'étude du principal tabellion. Cf. n° 24, 7 février : « passé en la chambre de lad ». Durand signe : DURAND, maire.

(3) Par exemple, PÉRIDIER, n° 22, 3 février, (vente) ; n° 29, 11 février (prêt) ; n° 35, 21 février (dot) ; n° 23, 6 février (deniers reçus).

(4) PÉRIDIER, n° 22, 17 février.

(5) PÉRIDIER, n° 203, 19 septembre 1793 : un légataire qui libère sa future propriété d'une rente nationalisée et grevée d'usufruit « est et demeure subrogé aux droits de la République pour la perception de la rente envers lad. veuve R. pendant le temps de sa jouissance » ; n° 179, 21 août ; n° 27, 9 février 1793 : Louis-Jean-Pierre-Marie-Gilbert Montcalm-Gozon, maréchal des camps et des armées de la République française et sa femme sont « absents » (émigrés?).

car les idées générales des Prudents étaient déjà assimilées et dénationalisées (1).

Dans les donations, testaments et successions reparaît plus visible l'inspiration romaine. Ainsi discute-t-on gravement sur l'application de la loi *Si unquam* (Const. 8 au Code Justinien, VIII, 55) que complique « l'interception répréhensible » de lettres adressées par un ingrat neveu, prêtre, à « la citoyenne R. ci-devant religieuse de la Congrégation de l'Union ». Les arbitres statuent en équité et, sans trop approfondir le texte invoqué assez inutilement, maintiennent ladite donation faite le 8 décembre 1792 (2). Le principe de l'irrévocabilité des donations est affirmé mais à diverses reprises se heurte à la *patria potestas* ou à des réclamations d'héritiers trop légitimaires. Par exemple, une veuve qui a déjà porté à 10.000 livres la valeur de la légitime léguée par le mari à leur fils « voulant traiter favorablement led. enfant », récidive « voulant donner aud. Jean-Louis E. de nouvelles preuves de son amitié... lui a donné et donne par donation entre-vifs et à jamais irrévocable la somme de 20.000 livres à imputer sur les droits maternels... déclarant les parties qu'en la présente donation il n'est intervenu ni dol ni fraude et qu'elle est faite de gré à gré ». Ces 20.000 livres sont versées à l'instant devant le notaire. L'acte devra être insinué, mais « au désir de l'Ordonnance de 1731 » précise le receveur de l'enregistrement (3). Des confirmations de dons en contrats de mariage se rencontrent dans des testaments. Un donataire profite de son passage à Montpellier pour accepter expressément une donation de toute la quotité disponible (4).

(1) Par exemple, la *querela non numeratae pecuniae* est-elle l'origine réelle de la clause habituelle dans les quittances et déclarations analogues « réellement en espèces de cours par led... retirées à la vue de nous notaire et témoins »? Serres ne le pense pas et n'y voit qu'un moyen plus perfectionné de prouver l'effectif versement des deniers. Péridier, n° 10, 10 janvier.

(2) Ferret, 10 juin 1793.

(3) Péridier, n° 226, 23 brumaire an II (13 novembre 1793).

(4) Péridier, n° 21, 3 février ; Cf. n. 226 supra.

Le notaire Péridier reçoit, enregistre, dresse, suscrit des testaments. Le cas échéant, il recourt à trois témoins car tel est le nombre réduit dont se contente, malgré les lois romaines, la coutume de Montpellier (1). Le testament nuncupatif, dirait-on, est « ordonné et dicté » au notaire par le testateur ; le testament mystique lui est remis et sur la page extérieure le notaire écrit une suscription attestant l'origine et le caractère de l'acte (2).

La *testamenti factio* appartient à tous majeurs, même aux filles (3). Une épouse en use pour restreindre inutilement les droits d'usufruit de son mari sur les biens par elle légués à ses filles ; un gendre exclut sa belle-mère de la tutelle de ses enfants, sans ou après avoir réfléchi que sa jeune femme n'aura que 18 ans lors de son décès, à lui titulaire de la *patria potestas* (4). Rien ne signale d'obstacles précis à la capacité de recevoir par don ou testament ; toutefois, je n'ai pas rencontré de libéralités en faveur d'œuvres pies ou de bienfaisance

---

(1) SERRES, p. 150. — PÉRIDIER, n° 21, 3 février ; n° 114, 22 mai.

(2) « L'an 1793, le second de la République française et le 28 jour du mois de janvier avant-midi par devant nous, notaire de lad. ville, présents les témoins ci-après nommés, fut présent Jean-Baptiste S., tonnelier, résidant aux bains de Balaruc, de présent en cette ville lequel étant *sein* de corps et d'esprit a fait ordonné et dicté son testament comme suit. Je donne et lègue à Marie D., mon épouse l'usufruit et jouissance pendant sa vie de tous mes biens presans et àvenirs et en tous et chacuns de mesdits biens presans et àvenirs en quoi qu'ils consistent et puissent consister je nomme et institue pour mes héritiers universels et généraux Antoine S., François S., Jeanne S., veuve G., et Geneviève S. veuve E., mes frères et sœurs par égales parts et portions pour jouir de mon héritage après le décès de mon épouse et en faire et disposer alors à leurs plaisirs et volontés ; c'est mon dernier testament, voulant qu'il vaille par droit de testament, codicille, donation à cause de mort, et par toute autre meilleure forme de droit, révoquant tous autres, priant les témoins présans d'être mémoratifs de son testament et nous notaire de retenir. Fait et leu en entier aud. S. testateur dans notre étude en présence des citoyens B., ... G.... et Q... tous habitants de cette ville ». Suivent toutes les signatures (PÉRIDIER, n° 18).

(3) Vg. PÉRIDIER, n° 123, 7 juin ; 134, 26 juin.

(4) PÉRIDIER, n° 16 (sentence arbitrale du 15 décembre 1792). FERRET, 16 mars 1793.

laïques. La déclaration, d'origine éminemment chrétienne et médiévale, par laquelle commence un testament de 1790 ne reparaît pas en 1793 ; les circonstances générales en seraient-elle la cause (1)?

Il n'est pas nécessaire de savoir écrire pour rédiger soi-même son testament. On charge de cette formalité « une personne de confiance » quitte à relire le texte et à le parapher page par page *ne varietur*, assure selon son formulaire le notaire qui suscrit (2).

Contrairement au droit romain, l'institution d'héritier ne figure pas en tête du testament dont elle est la base. On commence par des legs particuliers et souvent assez réduits, avant de prononcer les termes sacramentels qui distinguent si nettement le testament des pays de coutume et de droit écrit : « je nomme et institue pour mon héritière universelle et générale Jeanne R. mon autre sœur». Ces legs sont de chiffres nécessairement variables. Tel héritier, plus ou moins présomptif, a pu se trouver avantagé ; l'évaluation des successions en cause, surtout lorsqu'on institue un héritier « en tous et chacuns mes biens présents et avenirs en quoi qu'ils consistent et puissent consister » n'est point aisée aujourd'hui (3). Aucun testament examiné ne concerne des descendants, ce qui ne permet pas de voir les applications immédiates de la loi du 7 mars 1793 ; entre collatéraux, la tendance à « faire un ainé » n'apparaît pas nettement ; au contraire, se lisent telles substitutions réciproques entre deux filles ou une

---

(1) Je soussigné Marguerite R., veuve de M., professeur de chirurgie, ... sachant qu'il n'y a rien de plus certain que la mort et de plus incertain que l'heure d'icelle, ai fait mon testament comme suit. En premier lieu, je recommande mon âme à Dieu, le priant de la recevoir en son saint paradis et venant à la disposition de mes biens... (PÉRIDIER, n° 20).

Contrâ, n° 18, 28 janvier ; 114, 22 mars ; 129, 17 juin 1793.

(2) PÉRIDIER, n° 20. — La clause habituelle et romaine : « révoquant tous autres » figure vg. dans le n° 21, 3 février. — Cf. la formule, plus développée de *la Science parfaite des notaires*, éd. DE FERRIÈRE, 1741, II, p. 229.

(3) Vg. PÉRIDIER, n° 18, suprà.

institution de plusieurs héritiers par parts égales (1). L'institution est parfois *ex certa re*, diraient les romanistes, par exemple lorsqu'on lègue une donation déjà faite (2).

De substitutions au sens strict du terme, on peut voir une vague trace rappelant le droit du *pater familias* de faire le testament de son fils, au moins en cas d'impuissance pour celui-ci. Dans cet ordre d'idées, sans nouvelles de son fils du premier lit parti aux colonies, et en donnant tous ses biens à un autre fils, un père entend que la légitime profite aux petits-enfants nés dudit fils aîné (3). Entre les legs et les fidéicommis, la pratique romaine avait organisé des accomodements que continue la *clause codicillaire*, destinée à assurer l'efficacité du testament sans trop se préoccuper des subtilités de formes ou autres. Elle se retrouve constamment dans les actes étudiés présentement (4).

Comme il convient, la lecture de ces documents donne l'impression d'une grande liberté testamentaire. On interdit à sa belle-mère le droit de tutelle sur ses petits-enfants, on précise que l'âge de 25 ans ou le mariage, amiable concession, permettra d'entrer en réelle possession et jouissance des biens légués (5). Cette liberté se heurte cependant à telle règle romaine qui prohibe l'interdiction par la femme de l'usufruit des biens adventifs au mari malgré un legs alimentaire (6). Et, volontiers, les héritiers malcontents invoquent la légitime, sauf et sous d'autres modes à se souvenir de la collection de quartes romanistes. Mention en est faite dans certains procès ou contrats, par exemple transactionnels ou arbitraux (7).

D'autres questions compliquent le règlement des succes-

---

(1) PÉRIDIER, n° 18 ; n° 16, 25 janvier.
(2) PÉRIDIER, n° 21, 3 février.
(3) FERRET, 23 janvier.
(4) Vg. PÉRIDIER, n° 18 suprà ; 123, 7 juin, et 134, 26 juin.
(5) FERRET, 16 juin. PÉRIDIER, n° 16, 25 janvier.
(6) D'autres clauses ne paraissent pas figurer dans ces actes assez brefs.
(7) PÉRIDIER, n° 1, 1er janvier ; 86, 17 avril

sions. La veuve Elisa L. peut-elle réclamer « ses habits de deuil »? Elle a notoirement abandonné son mari agonisant, non sans se prémunir contre les incertitudes du lendemain si l'on en croit les héritiers. Gravement, les arbitres montpeliérains proclament que « d'après la règle générale, *nemo debet lugere sumptibus suis* » mais, vu le peu d'importance des biens du défunt, taxent à un taux réduit la valeur des habits de deuil et de l'entretien de la veuve (1). D'autres se refusent à considérer « l'année de viduité » comme compensation au retard d'une nouvelle union et y voient contrepartie de la jouissance de la dot laissée au mari ou à ses héritiers pendant le délai de remboursement ; par suite, faute de paiement de la dot, ils déboutent une veuve de sa réclamation en droits de veuvage tout en lui allouant 30 livres pour porter extérieurement le deuil du *de cujus* lequel n'avait en capital que 870 livres (2).

L'amour n'excluant pas dans les actes notariés les questions d'intérêt, à l'insu même des fiancés, le futur époux promettra 100 livres d'augment de dot et n'en obtiendra que 50 en retour. Il, ou elle, aura d'ailleurs peine à en obtenir le paiement s'il survit même de ses filles qui volontiers opposeraient la compensation, de droit selon le Parlement de Toulouse, entre cette créance et les sommes plus ou moins disparues de la succession de leur mère (3). Les dorures ou bijoux sont considérés comme ornements personnels et malgré estimation la veuve n'a rien ici à réclamer (4).

Aucun des documents consultés ne signale de difficultés relatives à l'application des lois révolutionnaires (5), mais

---

(1) PÉRIDIER, n° 5, 4 janvier (enregistrement d'une sentence du 23 décembre 1792).

(2) FERRET, 4 février 1793.

(3) PÉRIDIER, n° 6, 5 janvier.

(4) FERRET, 4 février. PÉRIDIER, n° 5, 4 janvier.

(5) En matière criminelle ou commerciale la nature des documents examinés n'y prédisposait point. La procédure se conforme aux ordonnances

aucun n'y rend hommage sauf l'acte d'adhésion rapide d'un donataire qui accepte de son oncle la totalité de la nouvelle quotité disponible. La loi est du 26 octobre 1793 (12 brumaire an II), la libéralité du 8 novembre et l'acceptation du 13 novembre (1).

* * *

De cette étude aux trop rares documents (2) ressort l'impression que le *Corpus juris Civilis* est connu et appliqué pendant cette période agitée. Toutefois, ce n'est que sous réserves, d'ailleurs traditionnelles. Les lois de Justinien doivent être *reçues en France* et ne prévalent point contre les Ordonnances royales ou les coutumes locales, toutes soumises au contrôle du Parlement de Toulouse. Les arbitres précisent, malgré leur exhibition de science romaine, que la première condition est de nécessité. L'enregistrement encaisse le 29 brumaire an II 20 sols mais a « averti les parties de faire enregistrer... tant au district du domicile du donateur qu'à celui de la situation des biens conformément à l'ordonnance de 1731 et à peine de nullité » ; le receveur Loysel aurait dû ajouter les références aux décrets de la Constituante (3).

---

royales, notamment à celle de 1667, et aux lois récentes ; vg. une transaction intervient après un défaut de comparaître devant le bureau de paix (PÉRIDIER, nº 208, 21 septembre).

(1) PÉRIDIER, nº 226 : « Jean-Charles T. étant instruit que par acte du 8 novembre vieux style le citoyen Nicolas M., son oncle... lui avait fait donation entre vifs ... du sixième de ses biens dont la loi lui laisse la libre disposition ... ».

(2) Atténué un peu par leur caractère, les sentences contenant les « considérants » et les minutes d'un seul notaire ayant chance de refléter l'usage local. Ce n'est qu'après étude faite de la jurisprudence des tribunaux civils ordinaires que l'on pourra utilement rapprocher des jugements et contrats de 1793 *les Observations du Tribunal d'Appel de Montpellier sur le Projet de Code Civil*, auxquelles M. ANDRÉ ROUX a consacré une bonne thèse de droit (Montpellier 1919).

(3) Cf. REVERDY, *Les donations dans le droit de Justinien et dans les pays de droit écrit* (Thèse droit, Paris, 1897), p. 257/8.

Emancipation, transfert de propriété, hypothèque générale ressemblent peu aux institutions romaines soit dans leurs formes, leurs conditions ou leurs effets. Les clauses de style, machinalement reproduites (1), peuvent créer des illusions sur la persistance des antiques souvenirs romains auxquels se mélangent d'autres réminiscences féodales ou coutumières et collaborent sans peine les nouvelles lois. Le droit romain est déjà cette base de l'étude générale du Droit comme le définit et le pratique le Professeur de Pandectes de l'Université de Bruxelles (2) et comme en des temps lointains le réalisait la collaboration de l'enseignement durable d'un successeur de PLACENTIN et de l'action effective des notaires, hommes de loi ou juges, anciens étudiants de l'*Alma Mater Montipessulani*.

PAUL VIARD.

(1) Par exemple : biens libres de douaire (PÉRIDIER, n° 261, 6 nivôse an II) ou soumission « à toutes cours » des biens obligés (n°86, 17 avril 1793 ; n° 10, 10 janvier ; n° 28, 11 février).

(2) CORNIL, *Manuel*, p. 662.

LA CURATELLE ET L'INTERDICTION DES PRODIGUES

PAR

FERNAND DE VISSCHER

PROFESSEUR A LA FACULTÉ DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE GAND

LA CURATELLE ET L'INTERDICTION DES PRODIGUES.

Il règne encore sur le régime ancien des prodigues en droit romain beaucoup d'idées préconçues, dont une révision, selon les méthodes historiques, apparaît aujourd'hui très souhaitable.

Le problème fondamental est, à mes yeux, celui des rapports, à la fois historiques et juridiques, entre la curatelle et l'interdiction. Il n'a guère été considéré jusqu'à ce jour que de façon tout à fait accessoire et accidentelle. C'est que, tout au moins dans le dernier état du droit romain, ces deux institutions, la curatelle et l'interdiction, forment un tout inséparable. Et c'est ainsi qu'on persiste à les envisager, lors même qu'il s'agit de rechercher les origines du régime des prodigues ; ce lien intime et nécessaire, qui n'est pas contestable d'ailleurs, même pour l'époque classique, on l'accepte comme une donnée immuable, vraie pour tous les temps.

Si cependant ce point de vue était exact, il devrait en résulter une concordance absolument parfaite des deux institutions ; les principes qui les inspirent, les règles qui les gouvernent seraient partout et toujours identiques. Or, il se révèle, au contraire, entre elles des divergences certaines que je signalerai bientôt, et dont aucune explication satisfaisante n'a été donnée jusqu'à ce jour.

Je me demande si la plupart de ces difficultés ne se trouveraient pas résolues, ou tout simplement écartées, en adoptant une solution diamétralement opposée, qui verrait dans le régime des prodigues, non pas un système homogène, mais la

juxtaposition de deux institutions de source et d'époque diverses, régies par conséquent par des tendances et des règles sensiblement différentes et encore assez mal harmonisées à l'époque classique.

La curatelle primitive est une vieille institution du droit gentilice, sanctionnée plus tard par un précepte légal.

Le décret d'interdiction paraît répondre à un stade historique manifestement postérieur : c'est une institution essentiellement civile, au sens étymologique du mot, créée par le magistrat selon les besoins de la vie en cité.

S'il est vrai que le régime des prodigues n'est que la combinaison de ces deux institutions distinctes par leurs sources et, par conséquent, et fatalement, par les intérêts dont elles tiennent compte, il ne faudrait pas être surpris qu'elles fussent jusqu'à un certain point, encore à l'époque classique, gouvernées par des règles diverses. Loin donc de rejeter toute discordance entre la curatelle et l'interdiction — comme on le fait généralement en partant du préjugé d'une coordination absolue et nécessaire entre elles — je pense que ces discordances doivent être acceptées comme l'effet normal et même inévitable de leur différence d'origine et de nature.

Je montrerai tout d'abord quelle confirmation directe nos sources donnent à l'hypothèse générale que je viens d'esquisser (I). L'examen de deux difficultés relatives l'une au décret d'interdiction (II), l'autre aux conditions d'ouverture de la curatelle légitime (III), permettra ensuite de nous rendre compte de la valeur de cette hypothèse au point de vue d'une explication rationnelle du fonctionnement de ces institutions.

I. — La Curatelle légitime et les origines coutumières de l'Interdiction.

1. — Deux textes offrent pour l'histoire du régime des prodigues une importance capitale. Le premier se trouve dans les *Tituli ex Corpore Ulpiani*, généralement identifiés aujourd'hui encore, à tort ou à raison, avec le *Liber singularis regularum* d'Ulpien (1), sous la rubrique « De curatoribus ».

XII, 2 : « Lex duodecim tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum. 2. A praetore constituitur curator, quem ipse voluerit, libertinis prodigis, itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona ; his enim ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri, libertinus autem nullomodo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit ». (2)

Le deuxième texte est, suivant l'inscription, tiré du *l. 1 ad Sabinum (De Testamentis, qui testamenta facere possint* (3)*)* et figure au Digeste, 27, 10, *De cur.*, fr. 1 pr. :

« Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est, sed solent hodie praetores vel praesides, [si talem hominem invenerint, qui neque tempus neque finem expensarum habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit] (4), curatorem ei dare exemplo furiosi : et tamdiu

(1) Sur les origines et l'auteur des *Tituli ex corpore Ulpiani*, voyez Jörs, *Pauly-Wissowas R. E.*, v° Domitius, V, c. 1448 et s. A la bibliographie citée, ajoutez Girard, *Textes*, 1923, p. 461 et s. ; V. Arangio-Ruiz, *Sul liber singularis regularum, Appunti Gaiani. Bull. d. Ist. di D. R.*, XXX, 1921, p. 178-219 ; Albertario, *Tituli ex corpore Ulpiani*, Ibid., XXXII, 1922, p. 73-130.; Buckland, *Did Ulpian use Gaius ? Law Qu. Review*, 1922, p. 38-47. ; Fr. Schulz, *Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus Reginae* 1128, Bonn, 1926.

(2) Sur les remaniements probables apportés à ce texte d'origine classique, voyez infra p. 33, n. 1.

(3) Lenel, *Paling.*, 2423.

(4) Kalb, *Juristenlatein*, p. 79, n. 7.

erunt ambo in curatione, quamdiu vel furiosus vel ille sanos mores receperit : quod si evenerit, ipso iure desinunt esse in potestate curatorum ».

Avant toute autre observation, notons le contraste que forment ces deux textes. Le premier, sauf une brève allusion à l'interdiction, n'envisage dans le régime des prodigues que la curatelle.

Le second traite en premier lieu de l'interdiction, qu'il nous représente d'abord comme consacrée par la Loi des XII Tables, ensuite comme introduite « ab initio » par la coutume (moribus). Puis, par un soudain revirement d'idées (sed hodie...), il abandonne l'interdiction pour ne considérer plus que la curatelle, et d'ailleurs seulement la curatelle sous sa forme la plus récente.

Laissons ici provisoirement de côté cette dernière partie du fragment du Digeste. L'aspect très différent sous lequel nos deux textes envisagent le régime des prodigues n'a rien qui puisse surprendre. Les Règles d'Ulpien suivent, on le sait, le plan général des Institutes de Gaius ; après avoir traité des diverses puissances et de la tutelle, c'est aux règles de la curatelle qu'est consacré le titre XII. Il ne faut donc point s'attendre à y trouver une représentation complète du régime des prodigues.

D'autre part, le texte tiré du *l. 1 ad Sab.* se rattache à l'exposé des règles relatives à la capacité de tester ; il considère donc avant tout, dans le régime des prodigues, l'interdiction, une défense de faire certains actes.

Il semble, au reste, que cette façon de traiter séparément, divisément, les deux aspects du régime des prodigues — la curatelle du fou et du prodigue à la suite de la tutelle, l'interdiction du prodigue à propos de la capacité de tester — répond à un usage constant dans toute notre littérature juridique.

C'est ce qu'un simple relevé de textes permet d'établir.

Par un hasard déplorable, les deux passages essentiels de Gaius, celui où il était question de la curatelle (I, 197... 198)

et celui relatif à la capacité de tester (II, 111... 112), sont à peu près entièrement perdus. Mais dans les Règles d'Ulpien, en regard du titre XII *(De curatoribus)*, se place le titre XX *(De Testamentis)*, 13, où, à propos de la capacité de tester, le prodigue apparaît exclusivement comme interdit. Le contraste, et la méthode, s'affirment dans toute leur netteté dans les *Institutes* de Justinien où, au l. I, 23 *(De curatoribus)* il n'est fait mention que de la curatelle, tandis qu'au l. II, 12 *(Quibus non est permissum testamentum facere)* l'interdiction seule est prise en considération (1). Si l'on tient compte du parallélisme qui existe entre le plan de ces trois ouvrages, on ne saurait mettre en doute que la même méthode d'exposition ait été suivie par Gaius (2).

Mais cette méthode n'est pas spéciale au plan des *Institutes*. Autant que nos sources mutilées permettent de le reconnaître, elle s'observe également dans des ouvrages établis sur un type tout différent, dans les *libri ad Sabinum*, dans les *Digesta*, dans les *Quaestiones* et dans les *Responsa*, etc.

C'est des curatelles du *furiosus* et du prodigue, matières invariablement jointes dans nos sources, que traitent Julien au *l. 21 Digestorum*, à la fin de la tutelle (3) ; Papinien au

(1) M. Zocco-Rosa condamne toute hypothèse sur les sources de ces deux passages des *Institutes* de Justinien (*Imp. Just. Inst. Paling.*, I, p. 182-183, p. 356). Pourtant Ferrini (*Sulle fonti dell' Instituzioni di Justiniano, Bull. d. Ist. di D. R.*, XIII, 1900, p. 139) avait non sans raison, semble-t-il, indiqué comme source de la phrase « Furiosi quoque et prodigi... » (I, 23, 3) les Règles d'Ulpien, XII, 2, ou peut-être Gaius. On ne peut non plus manquer d'être frappé de la similitude de la deuxième phrase : « Sed solent Romae praefectus... » avec celle du fragment d'Ulpien au D., 27, 10, *De cur.*, 1 pr. : « Sed solent hodie... » (Ferrini, *Rendiconti d. Acc., d. Lincei, cl. d. sc. m.*, VI, p. 330, se basant sur la mention du *praefectus urbi*, cite comme source probable Marcien). Quant au § 2 des *Institutes*, II, 12, notons l'expression peu usuelle : « cui bonorum suorum administratio interdicta est... » (au lieu de : « cui bonis interdictum est »), et l'analogie qu'elle présente avec le début du même fragment d'Ulpien, Dig., 27, 10, *De cur.*, 1 pr. : « Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio... » On verra bientôt le parti que l'on peut tirer de ces observations. V. infra p. 8 n. 1.

(2) Voyez en ce sens Kniep, *Gai Institutionum commentarii*, I, p. 306 et s., II, p. 145 ; Girard, *Textes*, 1923, p. 252, n. 1, p. 266, n. 1.

(3) D., 27, 10, *De cur.*, fr. 7. Lenel, *Pal.*, 336 (curatelle du *furiosus*).

l. 5 Responsorum (De tutelis) (1); TRYPHONINUS au *l. 13 Disputationum (De tutelis)* (2) ; PAUL au *l. 7 ad Plautium (De Tutelis)* (3) et au *l. 8 ad Sabinum (De tutelis)* (4) ; ULPIEN au *l. 38 ad Sabinum (De tutelis)* (5). Cependant POMPONIUS, au *l. 17 ad Sabinum (De tutelis)*, mentionne l'incapacité de celui « cui bonis interdictum est » (6). Mais il va de soi que nous n'entendons fixer ici qu'une méthode générale d'exposition. Des dérogations accidentelles sont inévitables. POMPONIUS est d'ailleurs loin d'avoir suivi d'aussi près le texte sabinien qu'ULPIEN, par exemple (7).

En tout cas nos textes fondamentaux sur l'interdiction se rattachent, non aux règles de la curatelle, mais à la matière de la *testamenti factio.*

Ainsi, POMPONIUS, au *l. I ad Sab. (De testamentis)* : « Cui bonis interdictum est, novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam condicionem fecerit » (8) ;

PAUL qui, au l. 3 des Sentences, 4*a (De testamentis)* § 7, rapporte la formule du décret d'interdiction ;

ULPIEN enfin, dont les quatre textes essentiels relatifs à l'interdiction sont tirés du *l. I ad Sab. (De testamentis : qui testamenta facere possunt)* :

---

(1) D., 27, 10, *De cur.*, fr. 14 (cur. du *furiosus*) ; 26, 9, *De rebus eor.*, fr. 5 (exclusivement relatif dans sa forme originale à la curatelle du *furiosus*, comme l'établissent les fragments de Berlin, I. GIRARD, *Textes*, p. 372). LENEL, *Pal.*, 521, 513.

(2) D., 27, 10, *De cur.*, fr. 16. LENEL, *Pal.*, 49 (curatelle du *furiosus* et du prodigue).

(3) D., 27, 10, *De cur.*, fr. 11 ; 44, 7, *De obl.*, fr. 46. LENEL, *Pal.*, 1137 et 1138 (curatelle du *furiosus*).

(4) D., 27, 3, *De tut.* fr. 4 § 3. LENEL, *Pal.*, 1786 (curatelle du *furiosus*). Probablement le même ordre était-il observé dans les *Sentences*. Arg. II, 30.

(5) D., 27, 10, *De cur.*, fr. 4. LENEL, *Pal.* 2846 (curatelle du *furiosus*). — LENEL admet une disposition identique des matières pour le *l. 4 Pandectarum* de MODESTIN (*De tutoribus et curatoribus*). *Pal.*, 107 et s.

(6) D. 18, 1, *De contr. e.*, fr. 26. LENEL, *Pal.*, 645.

(7) KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, 1912, p. 191.

(8) D., 46, 2, *De nov.*, fr. 3. LENEL, *Pal.*, 378.

« Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio etc.» (1).

« Is cui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest et, si fecerit, ipso iure non valet : quod tamen etc.» (2).

« Eum, cui bonis interdicitur, institutum posse *(cum cretione institutum posse cernere.* LENEL) adire hereditatem constat. » (3).

« Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere *(mancipare.* LENEL) vero non potest vel promittendo obligari etc. » (4).

Il est aisé de voir, d'après ces textes, que la matière de l'interdiction toute entière — et non pas seulement celle de l'incapacité de tester du prodigue — a son siège traditionnel dans les livres *De Testamentis*, tandis qu'un usage constant rattache la curatelle du prodigue et celle du *furiosus* à la tutelle.

Ces observations vont nous permettre de résoudre une question préalable d'une extrême importance concernant le fragment d'ULPIEN, D., 27, 10, *De cur.*, fr. 1.

La première phrase de ce texte est exclusivement relative à l'interdiction, et, en particulier, à son fondement légal et à ses origines coutumières. Sa place dans le *l. I ad Sab.. De testamentis* est absolument conforme aux traditions.

Mais voici que, sans transition aucune, il n'est plus question que de la curatelle, et de la curatelle non seulement du prodigue, mais du *furiosus* : « Sed solent hodie praetores vel praesides... curatorem ei dare exemplo furiosi etc. ». La première partie du texte nous reporte aux origines lointaines de l'interdiction du prodigue, la seconde s'occupe du type le plus récent de la curatelle du fou et du prodigue !

---

(1) D., 27, 10, *De cur.*, fr. 1 pr. LENEL, *Pal.*, 2423.
(2) D., 28, 1, *Qui test.*, 18 pr. LENEL, *Pal.*, 2423.
(3) D., 29, 2, *De adqu.*, fr. 5 § 1. LENEL, *Pal.*, eod
(4) D., 45, 1, *De verb. obl.*, fr. 6. LENEL, *Pal.*, eod.

Les compilateurs auraient-ils par hasard rapproché sous la même inscription deux fragments de provenance diverse? N'ont-ils pas emprunté — en les interpolant d'ailleurs — ces notions sur la curatelle du fou et du prodigue à un autre *l. ad Sab.* du même ULPIEN, et précisément au *l. 38*, où il est traité des tuteurs datifs ou Atiliens, tout comme il est ici question de curateurs datifs ou honoraires?

Voilà un soupçon qui naît tout naturellement, à la fois de la discordance des deux parties du texte et de nos observations sur les méthodes habituelles d'exposition des juristes.

Mais ce soupçon va se convertir tout de suite en certitude. Le lien entre les fragments 1 et 4 du Digeste 27, 10 est direct, indéniable. Le fragment 4 contient une simple application par analogie du rescrit d'ANTONIN LE PIEUX signalé au fragment 1 § 1 :

Fr. 1 § 1 : « ...extat divi Pii rescriptum filio potius curationem permittendam in patre furioso, si tam probus sit. » — Fr. 4 : « Furiosae matris curatio ad filium pertinet : pietas enim parentibus, etsi inaequalis est eorum potestas, aequa debebitur. »

Or ce fragment 4 est emprunté au *l. 38 ad Sab.* d'ULPIEN : C'est-à-dire précisément au livre auquel, d'après la répartition traditionnelle des matières, devraient se rapporter les indications du fragment 1 relatives à la curatelle du prodigue et du *furiosus* (1).

---

(1) La terminologie même fournit une confirmation indirecte de la différence d'origine des deux parties du fragment 1 pr. L'expression peu usuelle : « prodigo interdicitur bonorum suorum administratio » de la première phrase se retrouve aux *Institutes* de JUSTINIEN, II, 12, *Quibus non est permissum testamentum facere*, § 2 : « prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est ». Mais c'est au livre I, 23, *De curatoribus*, § 3, des Institutes que nous relevons une analogie frappante avec la deuxième phrase du même fragment : « Sed solent Romae praefectus urbis vel praetor et in provinciis praesides ex inquisitione eis (*furioso et prodigo*) dare curatores » (JUST.) « Sed solent hodie praetores vel praesides... curatorem ei dare exemplo furiosi » (ULPIEN). Ces similitudes proviennent-elles d'un emprunt au texte d'ULPIEN ou,

Je conclus donc que le fragment 1 du Digeste, 27, 10, est fait de deux pièces empruntés l'une au *l. 1 ad Sab.*, l'autre au *l. 38* du même ouvrage. Dans le *l. 1*, ULPIEN s'occupait exclusivement de l'interdiction. Dans le *l. 38*, il ne devait envisager que la curatelle. Aussi les mots « sed solent hodie... » qui, dans le texte actuel, paraissent opposer la curatelle au régime de l'interdiction, devaient très vraisemblablement, dans le contexte original, opposer la curatelle dative à la curatelle légitime, absolument comme le font les mots « Sed solent Romae praefectus... » dans les *Institutes* de JUSTINIEN, I, 23, § 3.

Aucun des deux éléments dont se compose le fragment 1 ne peut donc nous donner une vue complète, un tableau d'ensemble du régime des prodigues, ni pour l'époque ancienne que considère avant tout la première phrase, ni pour l'époque récente à laquelle se rapporte la phrase : « Sed solent hodie... ». Ç'a été une des erreurs fondamentales d'AUDIBERT (1) de vouloir déduire de cette deuxième partie — d'ailleurs interpolée — de notre texte, une représentation adéquate et complète du régime des prodigues sous sa forme nouvelle ; et notamment l'opposition que paraissent introduire les mots

---

au contraire, sont-elles dans une certaine mesure dues aux altérations mêmes que les compilateurs ont apportées à ce texte? Il serait difficile de le dire. Mais il importe peu à notre point de vue. Les rapports entre les deux paragraphes des Institutes et les deux éléments dont se compose le *principium* du fragment 1 sont indéniables. Il est dès lors très remarquable de trouver séparés dans les Institutes, et précisément à la place que leur assignent les méthodes classiques d'exposition, deux passages dont les équivalents sont réunis dans le même fragment du Digeste. Ce fragment n'est donc vraisemblablement qu'une synthèse maladroite de deux textes qui, selon le plan des *libri ad Sab.* aussi bien que d'après celui des Institutes devaient se rattacher, le premier à la matière de la *testamenti factio*, le second à celle des curatelles. Rien n'empêche, au reste, de supposer que cette synthèse ait été préparée par des ouvrages scolastiques grecs du Ve siècle. Sur cette littérature, voyez COLLINET, *The general problems raised by the codification of Justinian*, 1922, p. 20 et s., et *Histoire de l'Ecole de Droit de Beyrouth*, 1925, p. 271 et s.

(1) *La folie et la prodigalité en droit romain*, 1892, p. 147 et s.

« Sed solent hodie... », et l'absence de toute allusion à l'interdiction ne prouvent nullement que les prodigues n'aient point été interdits à cette époque, puisque Ulpien n'envisageait ici, dans le régime des prodigues, que la curatelle.

2. — Nos textes se répartissent donc en deux masses entièrement distinctes, relatives l'une à la curatelle du prodigue, l'autre à son interdiction. Ce procédé incommode d'exposition entre bien pour quelque chose dans les difficultés que nous éprouvons aujourd'hui à préciser les rapports qui existent entre ces institutions. Mais l'obstacle principal réside dans l'extrême obscurité de nos sources en ce qui concerne les origines et le fondement de l'interdiction.

Ulpien, *l. 1 ad Sabinum.* D. 27, 10. *De cur.*, fr. 1 pr. : « Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio, quod moribus quidem ab initio introductum est. »

Comp. Paul, *Sent.* l. III, 4ª, 7 : « Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo : etc. ».

Tant que nous n'aurons pas pénétré le vrai sens de ce fragment d'Ulpien, toute tentative pour résoudre le problème des relations entre la curatelle et l'interdiction demeurera forcément vaine.

D'un examen approfondi de ce texte, Mitteis a conclu qu'il devait avoir été sensiblement abrégé par les compilateurs (1). Cette conclusion, nous la ferons nôtre, sans hésitation. La phrase est d'une concision absurde et, prise au pied de la lettre, n'est susceptible d'aucun sens acceptable. L'hypothèse de Mitteis est d'autant plus vraisemblable qu'elle répond à un procédé général des compilateurs. Jörs a parfaitement démontré avec quelle désinvolture ce système d'abréviations et de coupures a été appliqué aux ouvrages d'Ulpien (2).

Pourtant ces altérations ne pouvaient ici avoir d'autre but

(1) *Berichte über die Verh. der Kön. Sächs. Ges. der Wiss., Philolog.-Hist-Kl.*, 1910, p. 264-269. Dans le même sens déjà H. Krüger, *Zeitschr. d. Sav. St.*, 14, 1893, p. 268.

(2) *Pauly-Wissowas R. E.*, V, v° *Domitius*, c. 1458 et s.

que d'éliminer certains renseignements considérés comme étant d'intérêt purement historique. Et cela même nous est une garantie que les compilateurs ont bien voulu et ont bien cru rendre assez fidèlement le sens général des développements consacrés par ULPIEN au fondement et aux origines de l'interdiction. Sauf rectification imposée par d'autres considérations, le texte du Digeste peut donc être accepté comme un résumé grossier, maladroit, mais dans l'ensemble assez fidèle, du texte primitif.

Sous le bénéfice de ces observations, tentons de fixer le sens de notre fragment.

Avons-nous affaire à deux systèmes d'interdiction, ou à un système unique sanctionné, soit successivement, soit à la fois par les mœurs et par la loi?

Suivant le sens littéral du texte, la Loi des XII Tables aurait interdit au prodigue l'administration de ses biens ; d'ailleurs cette interdiction remonterait à un usage immémorial (moribus... ab initio introductum). En somme, la loi se serait bornée à confirmer une institution coutumière (1).

Cette interprétation est inacceptable. Que pouvaient bien savoir, demanderons-nous avec MITTEIS (2), ULPIEN ou SABINUS — car l'idée que ces observations émanent de SABINUS lui-même ne peut être écartée a priori — de l'époque antérieure à la Loi des XII Tables? Mais il y a plus. Si l'interdiction est depuis la Loi des XII Tables une institution légale, comment concevoir qu'au III^e^ siècle encore de notre ère, le juriste PAUL prenne soin de spécifier que le préteur procède à l'interdiction « moribus »? (3) L'hypothèse d'un système unique d'interdiction, ayant passé successivement par la phase coutumière et par la phase légale, doit donc être écartée. (4)

(1) En ce sens déjà CUJAS, *Interpr. in I. Pauli rec. Sent.*, l. V, *Op. omnia*, Naples, 1722, I, c. 416.

(2) Op. cit., p. 265.

(3) Sent., III, 4*a*, 7.

(4) Voyez dans le même sens BONFANTE, *Corso di Diritto Romano*, Rome, 1925, p. 483.

L'ablatif « lege duodecim tabularum... » pourrait aussi s'entendre « sur le fondement de la Loi des XII Tables... » ; mais alors nous tombons dans d'impossibles contradictions. Le système d'interdiction pratiqué par le préteur sur le fondement de la loi ne peut être dit « moribus introductum ». L'hypothèse d'un système unique d'interdiction dont la base serait à la fois légale et coutumière est absurde.

Par voie d'élimination, — et en dépit du malencontreux « quod » qui, logiquement, devrait se rapporter à l'ensemble de la proposition précédente — nous voici amenés à envisager l'hypothèse de deux systèmes différents, l'un consacré par la Loi des XII Tables, l'autre introduit par la coutume.

Mitteis a eu le sentiment très net de cette dualité comme de la seule explication rationnelle de notre texte. Justement frappé de retrouver dans les *Sentences* de Paul ces « mores » auxquels Ulpien paraît attribuer les origines mêmes de l'interdiction, « je ne crois pas, dit-il, que ce soit là l'effet d'un hasard. Il doit y avoir eu, dans le décret d'interdiction du préteur, quelque chose qui dépassait le texte de la loi et qui indiquait une initiative propre du préteur ». Ce « quelque chose » formant l'apport original du préteur, Mitteis le voyait dans une extension de l'interdiction au patrimoine tout entier du prodigue, alors que la loi ne lui enlevait que la disposition des biens paternels hérités *ab intestat* (1). Je tiens cette hypothèse pour inexacte en elle-même ; cette prétendue limitation du régime des prodigues à la conservation des seuls biens paternels hérités *ab intestat* repose, à mon avis, sur une fausse interprétation du décret d'interdiction. Je crois surtout qu'une hypothèse beaucoup plus radicale s'impose, que Mitteis n'a d'ailleurs point écartée de façon absolue et à laquelle il n'a opposé que d'insignifiantes objections.

(1) Op. cit., p. 267-8. Au décret d'interdiction fondé sur les termes de la loi et qui ne retirait au prodigue que la disposition des « « bona paterna avitaque », le préteur aurait ajouté l'interdiction du *commercium* en général.

Mais il importe peu pour l'instant. L'essentiel est à présent qu'avec MITTEIS nous reconnaissions dans ce texte l'existence de deux systèmes différends. Il est impossible que l'interdiction *lege* soit une même chose avec l'interdiction introduite *moribus*.

L'allure franchement contradictoire de notre texte doit sans nul doute être imputée à une abréviation maladroite opérée par les compilateurs. Il y a cependant de sérieuses raisons de croire que le texte original lui-même contenait tout au moins le germe de cette contradiction. C'est ce que la comparaison avec d'autres fragments du même ULPIEN ne tardera pas à montrer.

3. — Si l'interdiction *lege duodecim tabularum* ne se confond pas avec l'interdiction *moribus*, à quel précepte légal correspond-elle donc?

Selon MITTEIS, l'interdiction *lege* doit s'entendre dans le sens d'une interdiction prononcée par le préteur, tout comme l'interdiction *moribus*; entre les deux systèmes, légal et coutumier, la différence serait uniquement dans l'extension de la défense d'administrer.

Des objections multiples que soulève cette hypothèse, je n'en retiendrai ici qu'une seule. MITTEIS transporte dans le système légal l'idée d'une interdiction par le magistrat; mais cette intervention du magistrat n'est établie par les textes qu'en ce qui concerne l'interdiction *moribus* (1). Cette méthode est inadmissible. Nos sources n'attestent de commun entre les deux systèmes que la notion générale et très abstraite d'une interdiction, d'une défense d'administrer. Rien ne nous autorise à emprunter au système introduit *moribus* certains éléments formels pour reconstituer la physionomie du système légal.

Il ne nous reste donc qu'à prendre la phrase « Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio » dans son sens littéral : la loi faisait défense au prodigue d'administrer ses biens.

---

(1) PAUL, Sent., III, 4*a*, 7.

Presque toujours, il est vrai, dans nos sources juridiques, le mot *interdicere* se rapporte à une défense par voie de décret ou de sentence (1). Seuls quelques rares textes de la fin de l'époque classique l'emploient pour exprimer une norme prohibitive (2). Mais d'autre part, trois textes confirment de façon décisive cette signification du terme *interdicere* chez Ulpien, précisément à propos du prodigue, « cui *lege* bonis interdictum est » (3). L'idée d'une interdiction du prodigue procédant *directement* de la Loi des XII Tables paraît donc bien correspondre à la pensée d'Ulpien.

Maintenant, est-il vraisemblable qu'à côté de la disposition plaçant le prodigue sous la curatelle de ses agnats (Reg. XII, 2), la Loi des XII Tables ait contenu une autre disposition lui retirant expressément l'administration de ses biens? Je ne le crois pas. Car ou bien cette disposition prévoyait une intervention du magistrat, et alors il est en tout cas faux de dire que l'interdiction *per praetorem* a été introduite *moribus* (4), ou bien cette intervention n'était pas prévue, et dans ce cas l'interdiction expresse d'administrer était absolument inutile.

Je ne puis voir dans l'expression « lege.. interdicitur » qu'un emprunt fait au langage technique en matière d'interdiction *moribus* pour exprimer l'incapacité résultant de la *potestas* des agnats. L'idée d'interdiction était étrangère au texte légal ; elle a été seulement déduite de ce texte par voie d'interprétation : le retrait au prodigue de l'administration de ses biens n'est qu'une conséquence de sa mise sous curatelle.

Nous arrivons ainsi, d'après cette hypothèse, à identifier

---

(1) V. Heumann-Seckel, *Handlexikon*, v° *interdicere*.

(2) Ulpien, D., 3, 6, *De cal*,. fr. 1, § 3 (Interp.? *Faber*) ; Diocl. et Max. (294), C. J., 5, 16, *De don.*, 20 (propter iuris civilis interdictum... pro infectis habeantur).

(3) D., 28, 1, *Qui test.*, fr. 18 pr. ; 29, 2, *De adqu.*, fr. 5, § 1 ; *Reg.*, XX, 13.

(4) Une simple extension par le préteur de l'interdiction prononcée *lege*, comme le suppose Mitteis, ne suffirait pas, en effet, à justifier les termes du fr. 1, D., 27, 10 : « quod moribus quidem ab initio *introductum* est ».

l'interdiction *lege* du D., 27, 10, *De cur.*, fr. 1 pr., avec la curatelle légitime dont il est question aux Reg., XII, 2. D'autre part, nous établissons entre le système légal et le système introduit *moribus* une différence absolue de nature. La loi ne connaît que la curatelle agnatique du prodigue. Il n'y a d'interdiction que celle qui a été introduite *moribus* en la forme d'un décret du préteur.

MITTEIS, lui aussi, avait envisagé cette hypothèse. Mais il n'arrivait pas à concevoir entre les deux système cette différence absolue de nature. Supposons un instant, dit-il, que la loi n'ait contenu aucune disposition relative à l'interdiction ; cependant, par le fait même que la loi mettait en avant la notion du prodigue, une intervention du magistrat était nécessaire pour décider de l'application de la loi dans chaque cas particulier. Il y avait donc, malgré le silence de la loi, une interdiction *lege* prononcée par le préteur.

L'illustre romaniste confondait ici, à mon sens, deux choses essentiellement différentes : le contrôle éventuel du magistrat sur la décision des agnats ou des gentils de placer un des leurs sous curatelle, et l'interdiction proprement dite, retirant au prodigue l'administration de ses biens. On peut parfaitement admettre l'existence d'un pareil contrôle, quoiqu'il ne soit nulle part attesté par nos sources ; mais ce contrôle n'implique aucune décision du magistrat portant défense au prodigue de faire certains actes : il ne mérite donc pas le nom d'interdiction.

4. — L'hypothèse que je viens de développer a pour elle le mérite d'une très grande simplicité. Elle est aussi très radicale. Et pour qu'elle devienne pleinement acceptable, une très grosse difficulté reste à résoudre.

La Loi des XII Tables ne connaissait que la curatelle agnatique. L'interdiction *per praetorem* serait une institution purement coutumière. Mais alors pourquoi ULPIEN — car je persiste à croire que les compilateurs ont assez exactement traduit la pensée de notre juriste — pourquoi ULPIEN aurait-il

si étrangement déformé le précepte légal? Pourquoi aurait-il parlé d'interdiction alors qu'il n'était question dans la loi que de curatelle? C'est imputer à ULPIEN une représentation inexacte et tendancieuse de la loi, sans qu'on en puisse deviner le motif.

Le fragment du D., 27, 10, *De cur.*, 1 pr. n'est d'ailleurs pas le seul où l'interdiction du prodigue nous apparaît fondée sur la loi. L'expression « cui lege bonis interdictum est » se trouve deux fois encore au D., 28, 1, *Qui test.*, fr. 18 pr. et 29, 2, *De acqu.*, fr. 5 § 1, et une fois dans les Règles d'ULPIEN. Il est vrai que l'on a prétendu diminuer la signification de ces expressions en faisant observer qu'elles étaient imprécises et que d'ailleurs elles émanaient toutes du même auteur : ULPIEN (1). Mais il y a beaucoup de notions qui ne nous sont connues que par ULPIEN, le juriste le mieux représenté au Digeste. Et si l'expression « lege interdicere » nous paraît imprécise, c'est peut-être que nous n'en pénétrons pas le vrai sens.

Tous ces textes demandent une explication. Notre hypothèse sur le caractère purement coutumier de l'interdiction rencontre ici une objection très grave parce que directement tirée des sources.

Ces expressions m'ont laissé longtemps fort perplexe.

On pourrait tout d'abord songer à invoquer cette tendance assez fréquente chez les romains à fonder sur la loi et à qualifier de « légitimes » des règles et des institutions d'origine proprement coutumières. C'est ainsi que la tutelle des patrons est appelée légitime, quoique non expressément prévue par la loi (2). Mentionnons aussi les expressions « legitimae nuptiae », « legitimi liberi » en usage chez les jurisconsultes malgré le caractère essentiellement coutumier du droit du mariage et de la filiation (3).

---

(1) H. KRÜGER, *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, 1893, p. 269, 273; *Zeitschr. f. d. Priv.-u.-Offentl. R.*, 1912, p. 344.

(2) GAIUS, I, 165, 166.

(3) MITTEIS, *Römisches Privatr.*, p. 37, n. 23 in f.

Mais cette explication est nettement insuffisante. C'est que nous n'avons pas seulement affaire à une qualification plus ou moins abusive de « légitime ». Le fragment 1 du D., 27, 10, *De cur.*, oppose formellement la loi et la coutume. PAUL, d'autre part, donne expressément pour fondement à l'interdiction les *mores* (Sent., III, 4A, 7). Ces oppositions des *mores* à la loi sont fréquentes dans nos sources (1), et sont précisément tout ce qu'il y a de plus contraire à cette tendance à « légitimer », si je puis dire, des institutions coutumières. Partout où les mœurs sont opposées à la loi, il est clair que le juriste entend affirmer que chacune de ces deux sources, ou l'une d'elles seulement à l'exclusion de l'autre, a fourni son apport spécial à une institution.

Le problème demeure donc entier. Il est certain qu'ULPIEN attribuait à la loi une fonction distincte, soit dans le mécanisme, soit dans les effets de l'interdiction. D'autre part, comment concilier cela avec l'hypothèse si naturelle, si satisfaisante à tant d'autres points de vue, d'une origine purement coutumière de l'interdiction?

Un simple classement de textes nous donnera le mot de l'énigme. Et l'on verra à présent toute l'importance des observations présentées tantôt sur les méthodes d'exposition de nos juristes.

L'expression « lege interdici » se rencontre seulement quatre fois dans les sources, trois fois dans le *l. 1 ad Sabiuum* [*De testamentis*] d'ULPIEN. Rappelons encore une fois ces textes :

D., 27, 10, *De cur.*, fr. 1 pr : « Lege duodecim tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio ».

(1) POMPONIUS, D., 23, 2, *De ritu n.*, fr. 8 (moribus, non legibus introductum) ; GAIUS, IV, 26 (lege agebatur de quibusdam rebus moribus, de quibusdam rebus lege) ; ULPIEN, D., 1, 6, *De his*, fr. 8 (cum ius potestatis moribus sit receptum) ; 24, 1, *De don.*, fr. 1 (moribus receptum est) ; 28, 6, *De vulg.*, fr. 2 pr. (moribus introductum est) ; Reg., XI, 2 (tutores aut legitimi sunt... aut moribus introducti), 24 ; MACER, D., 47, 15, *De praev.*, fr. 3 pr. (Praevaricationis iudicium aliud publicum [*id est* ex lege ; MOMMSEN, *Droit pénal*, trad. DUQUESNE, I, p. 221, n. 2], aliud moribus inductum est).

D. 28, 1, *Qui test.*, 18 pr. : « Is cui lege bonis interdictum est testamentum facere non potest... »

D., 29, 2, *De adqu.*, 5 § 1 : « Eum, cui lege bonis interdicitur, institutum posse adire constat ».

Le quatrième texte se trouve dans Règles d'Ulpien, XX, 13 : « Mutus... itemque prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non possunt... » Il figure sous la rubrique, non pas authentique sans doute, mais exacte quant au fond, *De testamentis.*

Nous pouvons préciser davantage la situation de ces textes. Les trois derniers se réfèrent expressément à la *testamenti factio.* Il est tout naturel de croire que c'est avec l'attention fixée sur le même sujet qu'Ulpien — ou Sabinus — émettait les considérations relatives à l'interdiction si maladroitement condensées dans le fragment 1 du D., 27, 10, *De cur.* On ne voit pas à quel autre propos Ulpien eût pu traiter de l'interdiction dans le premier des onze livres *ad Sabinum* consacrés aux testaments. Ce texte a été avec raison classé par Lenel (Pal.), tout comme les deux autres tirés du *l. 1 ad Sabinum,* sous la rubrique : *Qui testamenta facere possunt.*

Ainsi, les quatre seuls textes où le prodigue nous est représenté comme interdit en vertu de la loi se placent au point de vue spécial de son incapacité de tester (1). Est-ce là l'effet d'un hasard? Je me refuse à le croire. Nous voici donc, grâce à cette très simple observation, jamais faite cependant, à ma connaissance, aiguillés sur une voie nouvelle.

Il existe un rapport certain entre la qualification « lege » donnée par Ulpien à l'interdiction, et l'incapacité du prodigue de tester.

---

(1) Deux textes, toutefois, mentionnent le prodigue parmi les incapables de tester, sans spécifier qu'il est interdit *lege* : Ulpien, *l.* 39 *ad Edictum,* D., 37, 11, *De bon. poss. s. t.*, fr. 1, § 9 et *l.* 12 *ad Sabinum,* D., 38, 16, *De suis et l. her.*, fr. 1, pr. Mais ces mentions accidentelles n'exigeaient évidemment pas la même précision juridique que les passages précités, dont l'objet spécial est de justifier, par les caractères mêmes de l'interdiction, la perte de la *testamenti factio* chez le prodigue.

Ne serait-ce point le caractère, la nature particulière de cette incapacité qui aurait mis notre juriste dans la nécessité de prêter un fondement légal à l'interdiction? Une justification complète de cette incapacité n'exigeait-elle point cet appel à la loi? Arrêtons-nous à cette hypothèse.

Parmi les éléments dont se compose la capacité du citoyen romain, la faculté de tester occupe une place particulière et prééminente. C'est, dit MOMMSEN, « le criterium le plus saisissable du droit de cité romain » (1).

La *testamenti factio* constitue un élément distinct de cette capacité. Ce point paraît hors de doute (2). Et notamment la *testamenti factio* ne se confond pas avec le *commercium* qui n'est que la faculté de faire des actes entre vifs : *emendi vendendique invicem ius* (3).

Il semble aussi que parmi les éléments de la capacité la *testamenti factio* tient une place prééminente : j'entends par là qu'aucun élément de la capacité ne touche de plus près à la qualité de citoyen romain. A ce titre elle apparaît comme une prérogative de *droit public*, et non de droit privé.

Telle est, à mon sens, la portée de ce texte rarement, et alors généralement mal interprété, du *l. 14 quaestionum* de PAPINIEN :

D., 28, 1, *Qui test.*, fr. 3 : « Testamenti factio non privati, sed publici iuris est ».

Suivant CUJAS ce texte signifierait seulement que la capacité de tester ne peut-être modifiée par des volontés particulières (4). Mais il en est de même de tous les éléments de la capacité, qui est toujours d'ordre public. Pourtant, il semble bien que PAPINIEN entende fixer une caractéristique de la *testamenti factio*.

---

(1) *Droit Pénal*, trad. DUQUESNE, III, p. 303, n. 1.

(2) GIRARD, *Manuel*, 1924, p. 113 ; MITTEIS, *Römisches Privatr.*, p. 116 ; WLASSAK, *Zeitschr. der Sav.-Stift.*, 1907, p. 116.

(3) ULPIEN, Reg., XIX, 5.

(4) CUJAS, *Comm. in l. quaestionum Pap.*, *Op. omnia*, Naples, 1722, IV, c. 370 et s.

L'opinion de Cujas, suivie par quelques auteurs modernes (1), est en réalité basée sur une interprétation erronée du terme *ius publicum*. Ces auteurs prennent ces mots dans l'acception qu'ils ont ordinairement dans les textes de droit privé, où ils servent à désigner des règles ou des institutions fondées sur des dispositions généralement impératives de la loi. Mais ce sens de « ius publicum » n'implique aucune opposition avec le droit privé. Les règles, les institutions dont il est question sont qualifiées de *ius publicum* à raison de leur source, et non à raison de leur objet, qui les rattache évidemment au droit privé (2).

Le sens de *ius publicum* est radicalement différend là où ce terme s'oppose à *ius privatum* : « Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem » (Ulpien, D., 1, 1, *De iust.*, fr. 1, § 2).

L'opposition formelle de ces deux notions dans le texte de Papinien est décisive en faveur de notre interprétation : la *testamenti factio* constitue une prérogative de droit public. Ce lien étroit entre la capacité de tester et la qualité de citoyen envisagée du point de vue du droit public s'explique très aisément par la nature première du testament romain, à laquelle correspondent les formes anciennes du testament *calatis cōmitiis* et *in procinctu*. Sans doute ces types archaïques de testaments sont-ils de bonne heure tombés en désuétude pour être remplacés par le testament privé *per aes et libram* (3) ; mais on sait que les règles sur la capacité de tester sont loin d'avoir suivi l'évolution des formes de tester : ainsi l'inca-

(1) Accarias, *Précis*, I, p. 880, n. 1 ; Buckland, *A textbook of R. L.*, Cambridge, 1921, p. 287.

(2) Telles sont, par ex., les dispositions sur l'usucapion (D., 39, 2, *De d. inf.*, fr 18, § 1), sur le gage (D., 24, 1, *De don.*, fr. 7, § 6), sur la nullité d'aliénations frauduleuses par le débiteur (D., 26, 1, *De tut.*, fr. 8), etc. — Sur les diverses significations de *ius publicum*, voyez Mommsen, *Droit public*, trad. Girard, I, p. 1, n. 1, et surtout R. Leonhard, *Pauly-Wissowas R. E.*, v° *ius privatum, publicum*.

(3) Gaius, I, 103.

pacité des femmes a longtemps persisté après l'introduction du testament *per aes et libram*. Nul mieux que M. Perozzi n'a montré cette permanence du caractère public originaire de la *testamenti factio*. « La testamenti factio est de droit public, parce que le premier testament historique était une loi... » Même après l'avènement du testament privé, le testament est demeuré soumis, quant à la *testamenti factio*, aux règles du testament comitial. Aussi ces règles « ont-elles toujours formé partie intégrante du droit public » (1).

Enfin, la formule du testament *per aes et libram* lui-même rappelle encore expressément le caractère public de la prérogative qu'exerce le testateur. Gaius, II, 104 : « ... QUO TU IURE TESTAMENTUM FACERE POSSIS SECUNDUM LEGEM PUBLICAM ». C'est la capacité de tester qui se trouve ici visée dans les termes les plus précis (2) et placée sous l'empire des règles du droit public.

Le caractère de droit public de la *testamenti factio* une fois reconnu, tout s'éclaire singulièrement.

Le préteur, dont les pouvoirs judiciaires, au sens le plus large du mot, sont strictement limités à l'*utilitas privatorum* (3), n'a aucune compétence pour prononcer la déchéance d'une prérogative de droit public. Lorsque les jurisconsultes classiques, tel Ulpien, prétendent justifier par l'interdiction du *commercium* l'incapacité de tester chez le prodigue (4), il ne faut voir en ceci qu'un procédé d'explication commode, mais de valeur tout à fait relative parce que tiré de certaines formes momentanées, purement passagères du testament romain. Cette explication n'est pas seulement difficile à concilier avec la distinction entre le *commercium* et la *testamenti*

(1) *Istituzioni*, II, p. 402.

(2) V. en ce sens Kniep, *Gai Inst. comm.* II (97-289), p. 108.

(3) « Qui privata iudicet iudicarive iubeat ». Cicéron, *De leg.*, III, 8.

(4) Ulpien, Reg., XX, 13 : « quoniam commercio illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest ».

factio ; elle est démentie par la persistance de l'incapacité de tester du prodigue après l'avènement du testament prétorien (1). D'ailleurs Ulpien lui-même prend ici soin de souligner le fondement légal de l'interdiction (« cui *lege* bonis interdictum est ») ; d'où résulte une contradiction à peu près aussi sensible que celle que nous avons rencontrée au D., 27, 10, *De cur.*, fr. 1 pr.

Le fondement direct de l'incapacité de tester du prodigue se trouve dans une règle de droit public. Le prodigue ne peut faire un testament comitial, parce que le droit de prendre la parole *in populi contione* lui est refusé (2). Peut-être cette déchéance n'est-elle qu'un aspect particulier d'une incapacité beaucoup plus large : l'intestabilité. Il est en tout cas fort remarquable que l'incapacité du prodigue quant à la *testamenti factio* correspond exactement à la notion de l'intestabilité de la Loi des XII Tables. De même que l'*improbus intestabilisque* ne peut ni fournir un témoignage du droit privé, ni susciter en sa faveur un pareil témoignage (3), de même le prodigue ne peut être témoin à un testament, ni faire un testament (4). Par contre, toujours comme l'*intestabilis*, il jouit de la *testamenti factio passiva* et de la capacité nécessaire pour faire adition d'hérédité (5). On comprendrait très bien que cette

(1) M. Girard qui rattache l'incapacité primitive de tester des prodigues à une défense de disposer des *bona paterna avitaque* combinée avec le jeu de la règle *Nemo pro parte* etc. (*Manuel*, 1924, p. 238, n. 1) et, pour une époque postérieure, à l'interdiction du *commercium*, observe qu'au temps de Justinien « on maintient l'incapacité sans en essayer aucune justification » (p. 863, n. 8, p. 864, n. 1).

(2) Labéon chez Aulu-Gelle, *N. A.*, 15, 27 : « Tria genera testamentorum fuisse accepimus : unum, quod calatis comitiis in *populi contione* fieret... » ; Quintilien, *Inst.*, 3, 11, 13 : « Qui bona paterna consumpserit, *ne contionetur* ».

(3) Mommsen, *Droit Pénal*, trad. Duquesne, III, p. 341.

(4) Ulpien, *l.* 1 *ad Sab.*, D., 28, 1, *Qui test.*, fr. 18 pr. ; Paul, *Sent.*, III, 4*a*, 12.

(5) Ulpien, *l.* 1 *ad Sabinum*, D., 29, 2, *De acqu.*, 5 § 1. La capacité de faire adition d'hérédité est contraire au principe adopté par la jurisprudence classi-

idée d'intestabilité du prodigue se soit effacée plus tard, en ce qui concerne les actes entre vifs *(commercium)*, devant celle de l'interdiction par le préteur, depuis que cette dernière institution s'est trouvée étendue à tous les prodigues, même à ceux qui avaient des curateurs légitimes ; par contre les principes de l'intestabilité auraient très naturellement continué de régir la *testamenti factio* du prodigue, puisque celle-ci ne pouvait être atteinte par le décret du préteur.

Quoiqu'il en soit de cette hypothèse, c'est toujours à une règle de droit public qu'il faut remonter pour retrouver la source de l'incapacité de tester du prodigue. Celle-ci ne peut dès lors avoir d'autre fondement que la loi ou une coutume de droit public : elle n'a même pas, sur cette base, pu faire l'objet d'un décret du magistrat. C'est de plein droit qu'elle résultait de la règle juridique. Lors même que l'on rejetterait l'hypothèse d'une intestabilité primitive du prodigue, l'analogie avec cette institution peut, sur ce point, être invoquée en toute sécurité : « Il n'est nulle part question, dit Mommsen, d'une intestabilité directement prononcée en justice, et il est difficile que de telles sentences aient été rendues » (1).

Il est facile de voir à présent pourquoi, partout où il s'agit de justifier l'incapacité du prodigue de tester — et d'ailleurs *là seulement* — Ulpien, ou Sabinus, cherche à tirer de la loi même le principe de l'interdiction.

C'est que le décret du préteur ne suffisait pas à rendre compte de la perte de la *testamenti factio* chez le prodigue. Une base légale était indispensable. Cette base, la jurisprudence l'a tout simplement empruntée au régime légal des prodigues placés sous curatelle agnatique.

---

que suivant lequel le prodigue ne peut faire aucun acte de nature à rendre sa condition pire (D., 46, 2, *De nov.*, fr. 3 ; 45, 1, *De v. obl.*, fr. 6). Elle s'explique sans peine, si l'on admet que la capacité du prodigue, quant à la *testamenti factio*, est toujours demeurée soumise au régime de l'intestabilité.

(1) Mommsen, *Droit Pénal*, trad. Duquesne, III, p. 342.

Dans le système de la loi des XII Tables, en effet, l'incapacité de tester du prodigue devait apparaître comme une conséquence immédiate et nécessaire, résultant de plein droit de la *potestas* agnatique ou gentilice : car la faculté de tester laissée au prodigue eût été précisément ce que l'on pourrait concevoir de plus contraire au principe de cette curatelle fondée sur l'intérêt de la *gens* et des agnats, héritiers légitimes du prodigue.

Aucune considération semblable ne pouvait justifier l'incapacité de tester des prodigues placés sous curatelle honoraire ; d'autre part le décret d'interdiction ne pouvait priver le prodigue d'une prérogative de droit public. Cette lacune du système coutumier a été comblée par la jurisprudence : la règle de l'incapacité de tester a été isolée, détachée du système légal de la curatelle agnatique pour former le complément de l'interdiction *per praetorem*. Ainsi s'est formée l'idée d'une interdiction *lege* attachée à la qualité même de prodigue, appliquée de plein droit à tous ceux dont la prodigalité serait constatée par le préteur.

De là vient cette singulière et déconcertante dualité d'origine que certains textes paraissent attribuer à l'interdiction du prodigue. Je ne doute pas un seul instant, pour ma part, que cette juxtaposition de la loi et des mœurs, comme fondement de l'interdiction, qui nous a créé tant d'embarras pour l'interprétation du D. 27. 10, *De cur.*, fr. 1 pr., doive être attribuée soit à Ulpien, soit à Sabinus lui-même. D'ailleurs, ce qui n'était, après tout, dans le texte original, qu'une finesse juridique, a pris, dans l'abrégé maladroit des compilateurs, toute l'apparence d'une véritable contradiction.

5. — Ce premier examen des textes nous autorise à formuler les conclusions suivantes, qui confirment et précisent l'hypothèse émise au début de cette étude.

En partant de l'opposition nettement marquée par nos sources entre la loi et les *mores*, on peut distinguer à l'origine du régime romain des prodigues, deux systèmes très différents.

Le système de la Loi des XII Tables est représenté par la curatelle des agnats ou gentils (1). C'est évidemment une vieille institution du droit gentilice, que devait un jour sanctionner la loi. La mise sous curatelle, qui est l'affaire exclusive de la *gens*, entraîne de plein droit pour le prodigue certaines déchéances de droit public, notamment celle de la *testamenti factio* active, et peut-être, de façon générale, l'intestabilité. Ce système ne comporte, ni interdiction par le magistrat, ni, comme on l'a supposé parfois, au moins pour l'époque antérieure à la Loi des XII Tables, une interdiction par la *gens* elle-même (2). Il n'y a pas place pour un décret d'interdiction dans un système où la curatelle, établie dans l'intérêt reconnu de la *gens*, constitue par elle-même la base légale de l'incapacité du prodigue.

Le deuxième système, fondé sur les *mores*, appartient à un stade historique manifestement postérieur, à celui de la vie en cité. Il est sorti de la pratique de la juridiction du magistrat. C'est l'interdiction *per praetorem* qui constitue le point de départ de ce système, et le fondement de l'incapacité du prodigue. La curatelle, loin de déterminer cette incapacité, comme dans le régime légal où elle représentait l'intérêt propre de la *gens*, n'y apparaît plus que comme une institution complémentaire destinée par le préteur à sauvegarder les intérêts de l'incapable et de ses descendants.

Sur un seul point, essentiel il est vrai, ce système se trouvait en défaut, puisque l'interdiction du préteur ne pouvait porter aucune atteinte à la capacité de tester. Il fallut, pour le compléter à cet égard, que la jurisprudence tirât de la condition légale des prodigues tombés sous curatelle agnatique, l'idée d'une interdiction *ex lege*, applicable à tous les individus dont la prodigalité serait reconnue.

---

(1) L'existence d'une disposition légale relative à la curatelle des prodigues a jadis été contestée par SCHOELL (XII Tab., p. 130). Cette opinion n'a aujourd'hui plus guère des partisans.

(2) En ce dernier sens AUDIBERT, *La folie et la prodigalité*, p. 80.

Ce système paraît avoir été réservé d'abord aux hypothèses dans lesquelles la curatelle légitime n'avait pas lieu, soit que le prodigue eût été institué héritier par un ascendant paternel, soit à défaut d'agnats, lorsque le prodigue était un *libertus* (1).

La distinction absolue de ces deux systèmes ne s'est d'ailleurs pas maintenue. Déjà nous avons vu comment la jurisprudence avait transporté dans le système coutumier le principe de l'incapacité de tester du prodigue, conséquence légale de la *potestas* agnatique.

D'autre part, l'interdiction, jadis exclusivement pratiquée à l'encontre des prodigues qui échappaient à la curatelle agnatique a dû, d'assez bonne heure, être étendue à tous les prodigues. Le fonctionnement du système légal dans toute sa pureté suppose, en effet, une organisation gentilice en pleine vigueur. Devant la décadence rapide de l'autorité gentilice, le préteur a été fatalement amené à user du décret d'interdiction même à l'égard des prodigues dont les héritiers légitimes eussent pu, sans autre forme de procès, s'attribuer la curatelle. L'interdiction est ainsi devenue une institution commune à la fois, à la curatelle légitime et à la curatelle honoraire (2).

---

(1) Le préteur ne donne un curateur qu'à défaut de curateurs légitimes (Ulpien, Reg., XII, 3). D'autre part, une anecdote de Valère-Maxime (III, 5, 2) nous montre le préteur urbain suppléant par l'interdiction à l'absence de curatelle légitime (a° 662 U. C.) : « ... ei (Q. Fabio Maximo) Q. Pompeius praetor urbanus paternis bonis interdixit, neque in tanta civitate, qui illud decretum reprehenderet inventus est ; dolenter enim homines ferebant, pecuniam, quae Fabiae gentis splendori servire debebat, flagitiis disiici. Quem ergo nimia patris indulgentia heredem relinquerat, publica severitas exheredavit ». L'impuissance de la gens Fabia devant les débauches de Q. Fabius Maximus est évidemment due à l'institution d'héritier dont celui-ci avait bénéficié. La *publica severitas*, l'interdiction, supplée donc à la fois à l'exhérédation dont le père aurait pu frapper son fils, et à la curatelle que la gens Fabia aurait pu lui imposer, si celui-ci n'avait été *heres scriptus*.

(2) De là vient sans doute qu'Ulpien (*Reg.*, XII, 2), paraphrasant le précepte légal, ajoute à la mention du prodigue « cui bonis interdictum est », à moins que, comme l'entendait Audibert (*La folie et la prodigalité en droit romain*), il ne s'agisse encore une fois de l'*interdictio lege*.

Nous ne suivrons pas plus loin l'évolution du régime des prodigues. On sait comment la curatelle légitime, que l'usage général du testament devait d'ailleurs rendre assez rare en pratique, s'est peu à peu transformée en curatelle dative dans le dernier état du droit romain (1).

Mais à l'époque classique la distinction des deux curatelles est loin d'être effacée. Le principe de la délation *ipso iure* de la curatelle agnatique subsiste toujours. Les conditions d'ouverture des deux curatelles diffèrent. Enfin les pouvoirs des curateurs agnatiques sont restés longtemps plus complets, plus étendus que ceux des curateurs honoraires (2).

D'un autre côté, l'interdiction se combine avec ces deux formes de curatelles.

La question des rapports entre la curatelle légitime et l'interdiction conserve donc, pour cette époque, toute son importance. Si, comme je l'ai admis, ces deux institutions diffèrent essentiellement par leur origine, des discordances sont à peu près inévitables. Nous abandonnerons le préjugé d'une coordination absolue et nécessaire entre elles. Ce point de vue est de nature à faciliter considérablement la solution de certains problèmes très délicats.

---

1) AUDIBERT, *Nouv. Revue historique*, 1891, p. 310 et s.

(2) On ne comprendrait pas autrement les efforts de la jurisprudence du IIe siècle pour limiter les pouvoirs du curateur agnatique à la simple administration. V. MARCELLUS, D., 27, 10, *De cur.*, fr. 12, où les mots « *vel alio* curatore » sont très vraisemblablement interpolés, la deuxième partie du texte ne visant d'ailleurs plus que le curateur agnatique. L'extension particulière des pouvoirs du curateur agnatique est d'ailleurs directement confirmée par GAIUS, II 64 : « Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege duodecim tabularum » ; elle l'est aussi par l'analogie avec la rigueur particulière de la tutelle légitime des femmes (GAIUS, I, 192).

II. — La formule du décret d'interdiction.

J'invoquerai tout d'abord la distinction établie entre la curatelle légitime et l'interdiction pour reprendre la défense de la seule lecture acceptable du décret d'interdiction tel qu'il nous est rapporté par PAUL. Sent., III, 4a, 7 :

« Moribus per praetorem bonis interdicitur hoc modo : QUANDO TIBI BONA PATERNA AVITAQUE NEQUITIA TUA DISPERDIS LIBEROSQUE TUOS AD EGESTATEM PERDUCIS, OB EAM REM TIBI [EA RE OU AERE] COMMERCIOQUE INTERDICO ».

De ces deux leçons, EA RE ou AERE, j'adopte sans hésitation la seconde, AERE. Déjà signalée par CUJAS (1), elle a été successivement défendue par MM. APPLETON (2) et COLLINET (3) avec des arguments, à mon sens, décisifs (4).

L'inélégance, l'incorrection même de la formule *ea re . . interdico* saute aux yeux ; la succession de ces deux « ea res » *(ob eam rem tibi ea re... interdico)*, nécessairement pris en des sens différents, est à peine tolérable ; et que dire de cet *ea re* (sing.) qui, suivant la seule interprétation possible, se rapporterait aux *bona paterna avitaque* !

La leçon *aere* a pour elle l'autorité du plus ancien et du meilleur manuscrit, le *Monacensis* D. 2 (5). Elle est même confirmée par ULPIEN qui justifie en ces termes l'incapacité de tester du prodigue (Reg., XX, 13) : « quoniam commercio illi interdic-

---

(1) In J. PAULI Recept. Sent. III. 5. *Op. omnia*, Naples, 1722, I, c. 416 : « neque enim illud omittendum est, in quibusdam codicibus hac in formula interdictionis pro *ea re*, legi *aere* : non omnino male.

(2) *Revue générale du droit*, 1893, p. 247 ; *Le testament romain*, 1903, p. 111, n. 4.

(3) *Nouv. Rev. Historique*, 1909, pp. 184-185 (citée inexactement dans RABEL, *Enzycl. d. Rechtswissenschaft*, I, 1915, p. 426, n. 5).

(4) Nous laissons ici de côté la leçon LARE adoptée par HUSCHKE. V. v. JHERING, *Mélanges*, trad. DE MEULENAERE, IV, p. 329 et s.

(5) P. KRUEGER, *Coll. l. iuris antei.*, II, p. 43. « La leçon du Monacensis « ere » (avec un e cédillé) explique la leçon fautive des mss. postérieurs « ere » (qui ne signifie rien) et qu'on a restituée à tort en « e (a) re ». (COLLINET, l. cit.).

tum est et ob id familiam mancipare non potest ». L'interdiction du *commercium* entraîne celle de la mancipatio, l'acte *per aes et libram* par excellence (1). L'expression *aere commercioque* est tout simplement un exemple de ces géminations très fréquentes dans l'ancienne langue juridique (2).

Tous ces points ont été relevés par nos savants collègues, MM. APPLETON et COLLINET, et auraient dû, semble-t-il, emporter une conviction unanime. Mais, tout au contraire, la faveur générale (3) demeure acquise à la leçon très médiocre, démentie d'ailleurs par le meilleur manuscrit, « *ea re* ». Je ne puis m'expliquer cette préférence que par certaines préoccupations d'ordre doctrinal, par le souci persistant de la doctrine de maintenir une coordination aussi étroite que possible

(1) Il est même possible que le texte classique original ait contenu l'expression complète « *aere* commercio*que* illi interdictum est ».

Voici sur quoi s'appuie cette conjecture. La proposition qui précède immédiatement celle relative au prodigue est conçue comme suit : « furiosus, quoniam mentem non habet, ut testari de ea re possit ». Cette leçon du Ms (C. 1128, bibl. reg. Christinae Vaticanae) est inadmissible. Beaucoup d'auteurs (HUGO, PELLAT, KRUEGER) corrigent « de *sua* re », ce qui n'est guère plus satisfaisant. La meilleure lecture serait évidemment celle qui éliminerait totalement les mots « de ea re » et donnerait : « ...ut testari possit ». Les trois mots incommodes « de ea re » ne seraient-ils pas une corruption de « aere », qui figurait dans la proposition suivante? Supposons le texte à copier disposé de la sorte :

> ... mentem non habet ut testari
> possit. prodigus quoniam aere
> commercioque illi interdictum est.

Le mot « aere », inintelligible pour le copiste, peut avoir été modifié en « *ea re* », exactement comme dans le décret d'interdiction, puis reporté à la fin de la ligne supérieure avec l'adjonction du mot « de », par imitation de la tournure rencontrée quelques lignes plus haut, à propos du filius familias (§ 10) : « quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit ». — Le Ms porte, il est vrai, « commercium illi interdictum est » (édit. FR. SCHULZ citée 1926); la correction « commercio » est néanmoins généralement admise.

(2) COLLINET, l. cit. ; sur ces géminations en général v. MAY, *Mélanges Gérardin*, p. 339 et ss.

(3) Voyez les éditions récentes de GIRARD (*Textes*, 1923); RICCOBONO, BAVIERA et FERRINI; SECKEL et KUEBLER. Par contre v. BONFANTE, *Corso di D. R.*, I, 1925, p. 484.

entre les principes de l'interdiction et ceux de la curatelle légitime.

« *ea re ... interdico* » ne peut, en effet, malgré l'incorrection de la forme, s'entendre que des « *bona paterna avitaque* » dont il est question dans les considérants du décret d'interdiction. D'autre part, on identifie généralement ces « *bona paterna avitaque* » avec le patrimoine paternel hérité ab intestat (1) dont la conservation aurait, suivant l'opinion la plus répandue, formé l'objet exclusif de la curatelle primitive. L'on arrive, ou l'on croit arriver de la sorte, à faire coïncider la portée de l'interdiction avec le but même de la curatelle légitime.

Aucun des éléments de cette ingénieuse conjecture ne résiste à l'examen.

Tout d'abord, la leçon « *ea re.* » ne suffit pas à limiter l'interdiction aux « *bona paterna avitaque* », ces mots étant immédiatement suivis d'une interdiction du *commercium*, dont la portée est nécessairement générale et s'étend aux actes faits sur des éléments quelconques du patrimoine du prodigue (2).

Admettons pourtant, en dépit du texte, cette limitation de l'interdiction. L'identification des « *bona paterna avitaque* » avec un patrimoine paternel hérité ab intestat reste une hypothèse purement arbitraire. Il y a, au contraire, de très sérieuses raisons de croire que ces mots désignent spécialement des biens hérités par testament d'un ascendant paternel. C'est ce que M. Collinet a très heureusement montré en rapprochant les termes du décret de ceux dont Ulpien se sert pour préciser les conditions d'ouverture de la curatelle honoraire des prodigues ingénus, « qui ex testamento parentis (*id est*, patris,

(1) Voyez, par ex., Girard, *Manuel*, 1924, p. 235 et s. ; Cuq, *Manuel*, 1917, p. 225, n. 2 ; H. Krüger, *Zeitschr. f. Privat u. Off. Recht*, 1912, p. 347 et s., etc.

(2) M. Girard (*Manuel*, 1924, p. 236, n. 3) relève très justement cette contradiction. Mitteis (*Ber. d. Kön. Sachs. Ges. d. Wiss. Bull. Hist. Kl.*, 1910, p. 268, suivi par Sohm (*Institutionen*, 1919, p. 663, n. 9) a supposé que cette extension au *commercium* aurait été l'œuvre du préteur.

avi, proavi. GAIUS, D., 50, 16, *De v. s.*, fr. 51) heredes facti male dissipant bona. » (1).

Si encore cette hypothétique limitation de l'interdiction aux biens paternels hérités ab intestat suffisait à établir une concordance réelle avec les principes de la curatelle ; mais rien dans nos sources n'indique une restriction analogue de la *potestas* du curateur agnatique. Tout ce que nous apprend ULPIEN (Reg., XII, 3), c'est que l'institution d'héritier par un ascendant paternel fait obstacle à la curatelle légitime. On pourrait tout au plus inférer que cette curatelle ne s'ouvrait qu'à l'égard des prodigues héritiers ab intestat de leur père, quoique cette déduction nous paraisse fort sujette à caution (2). D'une limitation de la *potestas* du curateur à certains éléments du patrimoine du prodigue, il est impossible de découvrir une trace quelconque.

Ainsi, non seulement cette tentative pour limiter la portée de l'interdiction est démentie par le texte du décret, quelque lecture que l'on adopte, non seulement elle implique une identification inexacte des *bona paterna avitaque* avec le patrimoine paternel hérité ab intestat, mais elle manque encore son but, qui est de coordonner l'interdiction avec la curatelle légitime, puisqu'aucune limitation semblable ne s'observe dans celle-ci.

On conviendra que de pareilles conjectures ne peuvent sérieusement tenir en balance l'autorité de notre Ms. en faveur de la leçon « *aere commercioque interdico.* »

Au reste, c'est de la tendance générale dont s'inspirent ces conjectures qu'il importe avant tout de se défaire. Une parfaite harmonie de règles entre la curatelle légitime et l'interdiction est précisément ce qu'il y a de moins vraisemblable au point de vue historique. L'origine essentiellement différente de ces

(1) Voyez COLLINET, *Les origines du décret d'interdiction des prodigues*, dans *Mélanges*, I, p. 151 [3] et suiv.

(2) V. infra, p. 56, n. 1.

deux institutions condamne toute hypothèse de ce genre. La curatelle légitime est un vestige de l'ancienne organisation gentilice, consacré ensuite par la loi. L'interdiction est une institution fondée sur les *mores civitatis* ; elle est l'œuvre du préteur. Admettre une coordination rigoureuse de ces deux institutions, c'est supposer que le préteur aurait dans une certaine mesure contribué à maintenir et à fortifier le principe de l'organisation gentilice, alors qu'aucune influence n'a plus directement travaillé à sa désagrégation finale. Le préteur considère dans le prodigue un individu, un citoyen, et non un membre d'une *gens*. Bref, si la curatelle légitime est en fonction de l'intérêt du groupe gentilice, l'interdiction prétorienne est en fonction de l'intérêt de l'individu et de sa famille naturelle.

Déjà les observations précédentes ont mis en lumière une première discordance entre la curatelle légitime et l'interdiction. L'incapacité de tester est une particularité propre au système légal de la curatelle agnatique et n'a pu être étendue au système prétorien de l'interdiction que par voie d'interprétation. L'examen d'un nouveau problème va nous fournir l'occasion d'envisager l'ensemble des divergences qui séparent ces deux systèmes.

III. — De l'exclusion de la curatelle légitime des prodigues « qui ex testamento parentis heredes facti (sunt) »

(Ulpien, Reg., XII. 3).

« ein bisher unerklärter Rechtssatz »
BARON
(*Gesch. d. Röm. R.*, I, p. 113).

1. — La curatelle légitime des prodigues se trouve exclue en cas de succession aux biens paternels *ex testamento*. Ulpien, Reg., XII, 3 :

« A praetore constituitur curator, [quem ipse praetor voluerit], libertinis prodigis itemque ingenuis, qui ex testamento parentis heredes facti [male] dissipant bona; [his enim ex lege

curator dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri, libertinus autem nullomodo patri heres fieri possit, qui nec patri habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit] ». (1)

Je m'attacherai ici uniquement à l'exclusion de la curatelle légitime vis à vis des ingénus. A l'égard des *liberti*, cette exclusion se justifie sans aucune difficulté, par le fait que les *liberti* n'ont point d'agnats (2).

Bien des hypothèses ont été émises sur le fondement de l'exclusion de la curatelle légitime en cas de succession testamentaire. Aucune, je crois, n'a réussi à dissiper l'obscurité dont s'entoure cette règle fondamentale. La critique de ces systèmes sera notre première tâche et servira à dégager les bases d'une solution nouvelle.

2. — Une hypothèse ingénieuse développée par AUDIBERT (3) caractérise un premier système d'explication.

La curatelle des prodigues ou leur interdiction — AUDIBERT ne distingue pas — serait un vestige du régime primitif d'inaliénabilité des biens de famille. C'est, dit-il en une formule frappante, le régime de l'inaliénabilité maintenu contre les dissipateurs. Les *bona paterna avitaque*, dont l'ancienne curatelle a pour but d'assurer la conservation, représentent en effet une simple extension de la notion de l'*heredium*, propriété

(1) Les mots et phrases placés entre crochets sont considérés, non sans vraisemblance, par FR. SCHULZ. (*Die Epitome Ulpiani*. Bonn, 1926, p. 39) comme des additions posclassiques. Dans le même sens déjà, SOLAZZI, *Interpolazioni in Ulpiano XII, Rendic. del R. Ist. Lombardo, Milano*, 1922, p. 387 et s.

(2) On remarquera que ce motif n'est pas précisément celui allégué par le texte. La raison immédiate fournie par les Règles est que le *libertus* n'ayant point de *père*, au sens civil, ne peut d'aucune façon, ni ab intestat, ni *ex testamento*, devenir *heres patris*. Je ne crois pas qu'aucune condition positive de la curatelle légitime, autre que celle de l'existence d'une parenté agnatique, puisse être déduite de ce texte : et notamment celui-ci ne prouve pas que la qualité d'héritier ab intestat d'un père soit une condition indispensable à l'ouverture de la curatelle légitime. V p. 56, n. 1.

(3) *La folie et la prodigalité en droit romain*. 1892, p. 115-121.

individuelle et inaliénable du père de famille. Mais ce régime d'inaliénabilité implique aussi celui de l'indisponibilité par testament, au moins en présence d'*heredes sui* : en sorte que seuls étaient indisponibles des biens hérités ab intestat. Ce lien une fois admis entre l'inaliénabilité et l'indisponibilité par testament, on comprend très bien que le régime des prodigues, conçu comme un vestige et, si l'on peut dire, une résurrection intermittente du régime d'inaliénabilité, ait été limité à l'hypothèse d'une succession ab intestat. Il s'est, d'autre part, tout naturellement trouvé en défaut, lorsque la liberté testamentaire du père de famille eût été pleinement reconnue.

M. Cuq a indiqué une hypothèse analogue fondée sur l'existence de certains « biens de famille, dont le propriétaire ne peut disposer inconsidérément et qui, à sa mort, appartiennent de plein droit à ses enfants » (1).

Un système à peu près identique, enfin, a été proposé par H. Kruger (2). Les biens de famille *(bona paterna avitaque, heredium)* étaient, suppose l'auteur, indisponibles par voie de testament en présence d'*heredes sui*. Par acte entre-vifs, au contraire, le père de famille gardait le droit d'aliéner tous les éléments de son patrimoine. L'exercice abusif de ce droit pouvait évidemment rendre illusoires les droits des *heredes sui*. C'est précisément pour combler cette lacune qu'aurait été introduite la curatelle des agnats. Simple corollaire de l'indisponibilité par voie de testament des biens de famille, la curatelle légitime devait toujours demeurer étrangère à l'hypothèse d'une succession testamentaire.

Il y a, il faut en convenir, dans ces explications, beaucoup de choses obscures et difficiles à concevoir.

---

(1) *Institutions juridiques des Romains*, 2e éd., I, p. 100 et s. Le fait que la loi n'avait pas prévu le cas d'un prodigue dissipant les biens recueillis en vertu du testament paternel prouve « que le testament n'était pas usité lorsqu'on avait des enfants ». (p. 100, n. 1).

(2) *Zeitschr. f. d. Priv.-u.-Off. Recht*, Vienne, 1912, p. 344-351.

Suivant une conjecture commune aux systèmes rappelés ci-dessus, c'est à un régime primitif d'inaliénabilité ou d'indisponibilité de certains biens de famille que se rattacheraient les origines de la curatelle des prodigues. Or, rien n'est moins sûr que l'existence de ce patrimoine familial inaliénable ou indisponible. D'autre part, le rapport que l'on croit discerner entre le régime des prodigues et cette hypothétique institution des biens de famille n'a d'autre fondement qu'une analogie très superficielle d'ailleurs, avec l'*interdiction :* il est par conséquent dépourvu de toute valeur pour l'explication d'un principe exclusivement propre à la *curatelle.*

Quelques observations suffiront à faire ressortir le caractère purement conjectural de ce régime spécial des biens de famille.

L'institution de l'*heredium* est bien l'unique témoignage direct que l'on ait pensé découvrir en sa faveur. VARRON, *De re rust.*, I, 10, 2 : « bina iugera quod a Romulo primum divisa dicebantur viritim, quae heredem sequerentur, heredium appellarunt ». Mais il n'y a rien en ceci qui indique que l'*heredium* soit intransmissible par testament. Il est tout à fait arbitraire de restreindre ici la notion de l'*heres* à celle d'*heres legitimus* (1). Les mots « quae heredem sequerentur » paraissent au contraire avoir précisément pour objet de caractériser le plein *dominium ex iure Quiritium*, dont la transmission aux héritiers légitimes et la libre disposition par testament sont les plus sûres manifestations (2). La transmission néces-

(1) Dans l'inscription sépulcrale extrêmement fréquente : *HMHNS* (*Hoc monumentum heredem non sequetur*), le mot *heres* désigne précisément l'héritier institué par opposition à l'héritier agnatique! Voyez MICHON, *Autour des origines légales de l'agnation externe*, ces *Mélanges*, II, p. [18] et s.

(2) Cfr. *Sententia Minuciorum* (C. I. L., I, 199 [I, 584] = V$_{I}$ 7749 ; BRUNS, *Fontes*, p. 401 et s.) l. 6 : « Qua ager privatus casteli Vituriorum est, quem agrum eos vendere heredemque sequi licet, is ager vectigal. nei siet. » M. BEAUDOUIN (*La limitation des fonds de terre dans ses rapports avec le droit de propriété. Nouv. Revue Hist.*, 1894, p. 338, n. 1) admet comme nous que le texte de VARRON ne prouve nullement l'indisponibilité de l'*heredium*. S'il se prononce néanmoins pour l'inaliénabilité absolue de l'*heredium*, c'est pour

saire de l'*heredium* aux héritiers légitimes une fois mise en question, on ne voit plus quelle considération l'on pourrait invoquer en faveur de l'inaliénabilité de l'*heredium*.

Il y a même des exemples, plus au moins légendaires, d'aliénations antérieures à la loi des XII (1).

Cependant cette notion de l'*heredium* est encore bien insuffisante pour permettre un rapprochement quelconque avec la curatelle des prodigues. Des « bina iugera », on n'hésite pas à transporter, à étendre cet hypothétique régime d'indisponibilité à une masse spéciale de biens, les biens de famille, auxquels on réserve le nom de *familia*, par opposition à *pecunia*, ou de *bona paterna avitaque*. On sait combien d'incertitude règne sur la valeur technique de ce terme *familia* (2) et je me réserve de revenir bientôt sur la signification spéciale attribuée ici aux *bona paterna avitaque*. Je veux ici seulement attirer l'attention sur les très graves difficultés que soulève l'hypothèse d'un régime spécial des biens de famille au point de vue du droit héréditaire.

Ce régime implique en effet une exclusion du droit de tester, tout au moins en présence d'*heredes sui*, exclusion non point absolue, mais limitée à une certaine masse de biens. Or toute exclusion de ce genre heurte de front l'une des maximes fondamentales du droit héréditaire romain : « neque enim idem ex parte testatus et ex parte intestatus decedere potest » (Inst. II,

---

des raisons tirées de l'étymologie du terme *mancipatio* et du rite de ce mode d'aliéner, rite exclusivement adapté aux transactions portant sur des choses mobilières. Mais voyez Bonfante, *Storia del D. R.*, 3e éd., 1923, I, p. 175 et s.; *Scritti giuridici*, II, p. 13 et s. La formation du terme et des rites de la *mancipatio* est sans doute antérieure à la constitution de la cité romaine. Girard, *Manuel*, 1924, p. 297, n. 6.

(1) Valère Maxime, IV, 4, 7.

(2) Voyez diverses tentatives pour fixer le sens technique du mot *familia* dans v. Jhering, *Entwicklungsgeschichte d. Röm. R.*, 1894, p. 81 et s. ; Cuq, *Inst. juridiques*, 2e éd., I, p. 77, *Manuel*, 1917, p. 243, n. 3 ; Mitteis, *Röm. Privatr.*, 1908, p. 79 et s.; MM. Girard (*Manuel*, 1924, p. 235, n. 2, 263, n. 3 et surtout 850, n. 1) et Appleton (*Le testament romain*, 1903, p. 59, n. 1) estiment au contraire que si les expressions *familia* et *pecunia* ont eu incontestablement, à l'origine, des sens distincts, elles « sont, dès le temps des XII Tables, employées tantôt séparées, tantôt réunies, pour désigner le patrimoine ».

14, 5) (1). Il est vrai que le caractère originaire de ce principe a été contesté (2). H. KRUGER, moins radical, pense que le droit de libre disposition du père de famille sur les biens non compris dans le patrimoine familial pouvait s'exercer sans porter atteinte au principe, au moyen de legs, puisque ceux-ci auraient pu, suivant une doctrine bien connue (3), se faire à l'origine sans testament, indépendamment de toute institution d'héritier, en vertu de l'adage : *uti legassit super pecunia etc.* (4). Ces théories, à mon avis passablement aventureuses, remettent en question à peu près l'ensemble du droit héréditaire romain, et l'on comprendra que nous renoncions à les discuter ici. On ne voit point jusqu'à ce jour qu'elles aient contribué à rendre plus intelligible la genèse des principes essentiels du système romain. D'autre part, l'incompatibilité absolue de la succession ab intestat avec la succession testamentaire paraît attestée, pour une époque très reculée, par le précepte légal : « Si intestato moritur... » Et enfin il n'y a rien dans nos sources, il n'y a aucune particularité ancienne de

---

(1) M. GIRARD (*Manuel*, 1924, p. 238, n. 1) admet que cette maxime entraînait pour le prodigue une incapacité absolue et générale de tester, bien qu'en principe son incapacité de disposer se trouvât, par l'effet du régime primitif des prodigues, limitée aux *bona paterna avitaque*. Il paraît peu satisfaisant de rattacher, fût-ce pour partie, à une règle totalement étrangère au régime des prodigues, une incapacité que nos textes s'accordent à représenter comme un trait fondamental du statut des prodigues et qui surtout répond si parfaitement au principe même de la délation de la curatelle légitime : l'intérêt des héritiers présomptifs du prodigue.

(2) V. par ex. RABEL, *Enzyclopädie der Rechtswissenschaft* (Holtzendorff), 1915, I, p. 518.

(3) CUQ, *Institutions juridiques*, 2e éd., 1904, I, p. 129 et s. ; *Manuel*, 1917, p. 681 et s., 764 et s. ; LENEL, *Essays in legal history* ed. by P. Vinogradoff, 1913, p. 120 et s. ; pour la critique de ce système, voyez APPLETON, *Le testament romain*, p. 58, n. 1 ; GIRARD, *Manuel*, 1924, p. 850, n. 1 et 963 n. 2 ; BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, 487 et s.

(4) Cette interprétation étroite du précepte légal paraît contredite par POMPONIUS, *ad Q. Mucium*, D., 50, 16, *De verb. s.*, fr. 120. D'ailleurs, quand bien même ce précepte se référerait exclusivement aux legs, le droit de tester, même en présence d'*heredes sui*, résulterait suffisamment de cet autre précepte : « Si intestato moritur...

nos institutions qui décèle l'existence d'un régime différent (1). La majorité des auteurs persiste d'ailleurs à voir dans notre règle un trait primitif et essentiel du droit successoral romain (2).

L'idée même d'une exclusion, partielle ou totale, du droit de tester motivée par la présence d'*heredes sui* justifie les plus sérieuses réserves.

Beaucoup d'auteurs, sans doute, envisagent encore comme la fonction la plus ancienne et la plus naturelle du testament romain, l'exhérédation des *sui* au profit d'*extranei*. Dans ces conditions, il est assez compréhensible que l'on ait hésité à faire remonter aux âges primitifs une faculté de disposition aussi contraire à l'organisation des groupes familiaux (3).

---

(1) M. Rabel (l. cit.) estime que le droit des *sui*, autres que le fils, de concourir avec les héritiers testamentaires en cas de simple omission (Gaius. II, 124 ; Ulpien, Reg., 22, 17 ; Paul, Sent. III, 4*b*, 8) est en contradiction avec l'adage : « neque idem ex parte testatus etc. » ; il y voit la preuve que nous avons affaire à une simple maxime de jurisprudence, d'origine relativement récente. Il semble, tout au contraire, que ce droit d'accroissement des *sui* omis, loin d'être une institution primitive, n'a été reconnu que postérieurement au temps de Cicéron ; selon toute apparence, il s'agit d'une fiction introduite par la jurisprudence du tribunal des centumvirs et qui faisait concourir l'*heres suus* simplement omis « quasi scriptus » (C. I, 6, 28, *De lib. praet.*, 4, § 1). V. Costa, *Cicerone Giureconsulto*, I, 1911, p. 218 ; B. Kübler, *Das Intestaterbrecht der Frauen im alten Rom*, *Zeitschr. d. Sav.-Stift.*, 1920, p. 28 et s.

(2) Voyez par ex. Girard, *Manuel*, 1924, p. 838, n. 4 ; Mitteis, *Röm. Privatr.*, 1908, p. 101 ; Manigk, *Pauly-Wissowas R. E.*, VIII, v° *Hereditarium ius*, c. 637 ; Sohm, *Institutionen*, 1919, p. 683 ; et surtout Bonfante, *Scritti giuridici*, I, p. 101-151 ; *Storia del D. R.*, 3e éd., I, p. 161. Au surplus, les opinions demeurent singulièrement divergentes quant au vrai fondement de ce principe. Suivant M. Bonfante, il est un vestige de l'époque où le testament avait pour fonction de transmettre la souveraineté familiale. Voyez dans Girard, op. cit., p. 846, n. 1 in fine, une conception analogue du testament romain.

(3) Indépendamment de certaines considérations tirées du droit comparé, l'on a même invoqué le texte de la loi des XII Tables : « Si intestato moritur, cui suus heres nec escit... » pour établir l'incapacité de tester en présence d'un heres suus (Beseler, *Beiträge*, II, 1911, p. 34 en note ; Kniep, *Gai Inst. comm.*, II, §§ 97-108; V. Arangio-Ruiz, *Le gente e la città*, 1914, p. 61 ; *Corso*, II p. 274). La place même qu'occupe l'incidente « cui suus heres nec escit » suffit à condamner cette interprétation. Voyez Bonfante, *Scritti giuridici*, I, p. 484, n. 1.

Mais cette conception du rôle du testament est éminemment contestable. Comme l'a relevé avec tant de force M. BONFANTE, elle procède avant tout de certains préjugés modernes qui font de l'institution d'un héritier un acte destiné à modifier l'ordre naturel ou légal des successions (1). L'examen des sources ne permet guère de maintenir ce point de vue. La succession testamentaire nous y apparaît comme le mode par excellence, normal et régulier de transmission des biens à cause de mort. Dans l'immense majorité des cas, l'institution a lieu au profit d'héritiers qui, à défaut de testament, eussent été appelés par la loi, et plus particulièrement en faveur d'*heredes sui* (2). En somme, bien loin de compromettre la solidité du groupe familial, le testament romain paraît avoir pour fonction première d'organiser au sein de ce groupe une répartition avantageuse des biens paternels. Il y a même des raisons sérieuses pour croire que primitivement, et précisément à l'inverse de l'hypothèse sur laquelle se fondaient AUDIBERT et H. KRUGER, le testateur ne pouvait choisir ses héritiers que parmi ses *heredes sui* ou, à défaut de ceux-ci, parmi ses agnats (3). Le droit comparé fournit de notables présomptions en faveur de ce système.

Bornons ici ces observations sur le régime des biens de famille. Si elles ne peuvent emporter une conviction définitive, elles suffiront en tout cas à montrer sur quel extraordinaire enchevêtrement d'hypothèses repose l'admission d'un pareil régime dans l'ancienne société romaine.

Mais je veux à présent considérer l'existence de ce régime comme établie. C'est exclusivement à la question des rapports entre le système des biens de famille et l'ancien régime des

---

(1) BONFANTE, *Storia del D. R.*, 3e éd., I, p. 163-164 ; *Scritti giuridici*, I p. 227, n. 1.

(2) BONFANTE, l. cit. et *Scritti giuridici*, I, p. 108-109, 222-23 ; APPLETON, *Le testament romain*, p. 143.

(3) Id., *Scritti giuridici*, I, p. 108-109 et depuis, avec de nouveaux développements, LÉVY-BRUHL, *La fonction du très ancien testament romain*, Nouv. *Rev. Historique*, 1921, p. 634-669.

prodigues que je m'attacherai désormais. On ne tardera pas à se rendre compte de l'invraisemblance absolue de pareils rapports, et d'ailleurs de leur impuissance à fournir la solution de notre problème.

S'il est vrai que le régime spécial aux biens de famille constitue le fondement historique du régime des prodigues, on ne peut manquer de découvrir dans celui-ci quelque vestige d'une limitation analogue à certains biens. Selon nos auteurs, cette limitation ressortirait, pour la curatelle légitime, du fait qu'elle n'a lieu qu'en cas de succession ab intestat aux biens paternels, pour l'interdiction, de la notion des *bona paterna avitaque* dont la dilapidation motive le décret du préteur. Biens paternels hérités ab intestat, *bona paterna avitaque*, c'est dans ces notions, d'ailleurs tenues pour équivalentes, qu'on nous invite à reconnaître des survivances de l'idée de biens de famille. Et pour ne laisser enfin dans ce système, aucune discordance, l'on suppose que non seulement la curatelle, mais l'interdiction elle-même ne portait que sur les biens familiaux hérités ab intestat.

Les malentendus et les « à peu près » s'accumulent cette fois de façon surprenante.

Pour restreindre la portée de l'interdiction aux *bona paterna avitaque* il faudrait tout d'abord se résoudre à accepter la leçon boiteuse et condamnée par le meilleur manuscrit, « ob eam rem tibi ea re... interdico » ; ensuite éliminer, comme l'avait fait Mitteis, de la façon la plus arbitraire, l'interdiction du *commercium* pour l'époque primitive.

La vraie leçon, « aere commercioque interdico », suffit à attester l'extension de l'interdiction à tous les actes du *commercium* ayant pour objet des éléments quelconques du patrimoine. Et du coup la notion des *bona paterna avitaque* se trouve reléguée dans ce que j'appellerai les considérants du décret, où elle perd nécessairement toute signification pour la détermination de la portée de l'interdiction.

Mais dans ces considérants mêmes, où ils pourraient à la

rigueur passer pour l'évocation de quelque régime antérieur, ces mots *bona paterna avitaque* n'ont pas la signification qu'on leur prête. Je ne reviendrai pas ici sur les raisons très ingénieuses et, à mon avis, tout à faits convaincantes, développées par M. COLLINET pour démontrer que cette expression désigne ici spécialement les biens paternels hérités par testament Prise en soi, indépendamment du rapprochement par lequel notre savant collègue a su en préciser le sens, elle ne permet en tout cas aucune induction quant au mode de transmission en vertu duquel le patrimoine paternel ou ancestral est parvenu entre les mains du prodigue. On se demande en vain ce qui peut bien justifier l'opinion courante, et pourquoi la succession déférée en vertu d'une institution formelle du père de famille ou d'un ascendant paternel mériterait moins le nom de *bona paterna avitaque* que les mêmes biens recueillis en vertu de la loi? (1) N'est-ce point là encore un effet de ce préjugé essentiellement moderne, suivant lequel le testament serait un acte naturellement destiné à déroger à la transmission normale des biens aux descendants?

---

(1) « L'institution d'un *suus*, dit très justement M. APPLETON,... ne peut rien changer à l'origine ancestrale des biens dont il continue à être propriétaire, plutôt qu'il ne les acquiert » (*Le testament romain*, 1903, p. 111). Certains textes littéraires où il est question d'une interdiction des *bona paterna* sont souvent invoqués en faveur d'une limitation aux biens paternels hérités ab intestat. Cependant, dans l'un des cas les plus connus, il s'agit manifestement d'un prodigue, héritier testamentaire de son père. VALÈRE MAXIME (III, 5, 2) après avoir rapporté l'interdiction de Q. FABIUS MAXIMUS (« ei Q. POMPEIUS praetor urbanus paternis bonis interdixit »), ajoute qu'aucune critique ne s'éleva contre ce décret : « dolenter enim homines ferebant, pecuniam, quae Fabiae gentis splendori servire debebat, flagitiis disiici. Quem ergo nimia patris indulgentia heredem reliquerat, publica severitas exheredavit ». *Heredem relinquere*, c'est, suivant l'interprétation la plus naturelle, laisser un héritier institué ; et ce sens est confirmé ici non seulement par l'*exheredatio* qui lui est opposée, mais par l'impuissance dans laquelle se trouvait la *gens* Fabia de mettre fin aux dilapidations d'un de ses membres en revendiquant sur lui la curatelle légitime. Le texte de CICÉRON, *De Sen.*, 7, 22 : « Quemadmodum nostro modo male gerentibus patriis bonis interdici solet » a été invoqué que par suite d'une leçon inexacte : c'est *patribus* et non *patriis* qu'il faut lire. — D'autres textes littéraires caractérisent la prodigalité par la

Reste la limitation de la curatelle légitime à l'hypothèse d'une succession ab intestat aux biens paternels.

J'avoue ne point saisir la relation entre le régime juridique d'indisponibilité par testament, que l'on suppose avoir été celui des biens de famille, et l'hypothèse d'une succession ab intestat. Tout d'abord, parce que dans cette hypothèse il s'agit de la transmission d'un patrimoine tout entier, et non d'une masse particulière de biens ; mais surtout parce qu'il y a un abîme entre un régime juridique d'indisponibilté par testament et la délation en fait d'une hérédité *ex lege* en l'absence de testament. La notion romaine de la succession *ex lege* est essentiellement fondée sur l'idée de liberté testamentaire : « Si intestato moritur... » ; rien dans la succession ab intestat n'évoque une limitation quelconque du droit de tester. Le fait que la curatelle n'a lieu qu'en cas de succession légitime ne suffit donc à révéler aucun lien entre elle et un régime d'indisponibilité.

---

dissipation des biens paternels. HORACE, Sat., I, 2, v. 7-8 : « ... avi atque parentis praeclaram ingrata stringit malus ingluvie rem » (où l'allusion aux *bona paterna avitaque* du décret est évidente) ; Sat., II, 3 v. 1 84 : « nudus agris, nudus nummis, insane, paternis ». Dans tous les cas, qu'il s'agisse de biens dilapidés ou dont l'interdiction est prononcée, le qualificatif *paternus* est dépourvu de toute signification quant au mode de transmission des biens. C'est uniquement l'origine des biens dilapidés que soulignent les auteurs. Cette origine offre d'ailleurs une importance très réelle : toute diminution du patrimoine paternel est considérée à Rome comme déshonorante. « Celui-là, disait CATON, est digne d'éloge et rempli d'un esprit divin, dont les livres de comptes prouvent à sa mort qu'il a gagné plus qu'il n'a reçu en héritage ». Par contre celui qui dilapide les biens paternels est frappé d'une véritable infamie et subit une restriction de ses droits civiques (QUINTILIEN, 3, 11, 13 : « qui bona paterna consumpserit, ne contionetur »). Nous touchons ici au fondement même des incapacités de droit public qui paraissent les plus anciennes dont ait été atteint le prodigue (v. supra). Nos sources juridiques ne contiennent pas, à ma connaissance, d'expressions analogues à celles que nous venons de relever chez les auteurs littéraires. Mais il est aisé de se rendre compte que le qualificatif *paternus* n'est nullement réservé aux biens hérités ab intestat. V. JULIEN, D., 35, 2, *ad l. Falc.*, fr. 87, § 7 (facultates paternae, hereditas paterna) ; NERATIUS, 29, 2, De *adq.*, fr. 59 (paterna hereditas). Dans les deux cas il s'agit d'une hérédité *ex testamento*.

Si nous envisageons maintenant le régime des biens de famille et celui des prodigues, non plus au point de vue de l'étendue des biens auxquels ils s'appliquent, mais au point de vue de leurs fonctions, le rapport historique que l'on admet entre eux soulève de nouvelles difficultés.

Comment concilier, en effet, l'inaliénabilité des biens de famille avec une institution dont le but serait précisément de réprimer les aliénations excessives des mêmes biens? (1) Il est vrai que pour éviter cette contradiction manifeste, AUDIBERT ne veut voir dans l'interdiction qu'un « vestige » du principe d'inaliénabilité ; c'est « lorsque la liberté d'aliéner eut été reconnue que la coutume s'établit d'interdire ceux qui en faisaient abus ». Mais alors on ne comprend plus du tout que le régime des prodigues ait été restreint à la protection des seuls biens recueillis ab intestat, puisque déjà à l'époque où il aurait été introduit, le père de famille jouissait de la pleine liberté de tester (2).

Le système développé par MM. CUQ et KRUGER échappe à ces critiques, puisqu'il suppose que les biens de famille étaient seulement indisponibles par testament ; la curatelle-interdiction aurait eu pour fonction d'empêcher les aliénations entre vifs qui eussent rendu illusoires les droits des héritiers domestiques. Mais ce serait, je crois, gravement se méprendre que de réduire l'incapacité première des prodigues à celle de disposer par actes entre vifs. Le seul fait que dans toute notre littérature juridique la matière de l'interdiction se trouve rattachée à celle de la *testamenti factio* suffirait à attester la position fondamentale et dominante qu'occupe l'incapacité de tester dans le régime des prodigues. Tout indique que cette

(1) L'objection a été faite par BEAUDOUIN (*Limitation des fonds de terre*, p. 290, n. 2 ; *Nouv. Revue Hist.*, 1894, p. 340, n. 2), qui en conclut que l'inaliénabilité de l'*heredium* a disparu de très bonne heure, dès avant la loi des XII Tables.

(2) Suivant AUDIBERT, en effet, l'indisponibilité par testament n'est qu'un corollaire de l'inaliénabilité entre-vifs (Op. cit., p. 119).

incapacité forme un trait caractéristique du statut primitif des prodigues, antérieur à l'interdiction et immédiatement fondé sur la loi (1).

Mais voici l'objection, à mon sens décisive, d'où ressort la parfaite inutilité de ce système pour expliquer l'exclusion de la curatelle légitime en cas de succession testamentaire, et qui nous amènera à découvrir l'erreur essentielle qui vicie l'ensemble de cette hypothèse sur les origines du régime des prodigues.

Il y a, certes, une analogie assez sensible — mais d'ailleurs purement matérielle — entre l'interdiction des prodigues et le régime hypothétique des biens de famille. Les systèmes que nous avons analysés n'ont pas d'autre fondement.

Mais pareille analogie fait absolument défaut en ce qui concerne la curatelle. Celle-ci se manifeste par l'établissement d'un pouvoir, d'une *potestas* qui va jusqu'au droit d'aliéner, de disposer des biens du prodigue (2). Nous sommes ici bien loin de l'idée de simple aliénabilité. Entre ce désaisissement au profit des agnats ou de la *gens* et l'indisponibilité qui caractérise le régime des biens de famille, il n'y a aucun rapport concevable.

Or, quel est le phénomène que nous avons à expliquer?

---

(1) V. supra p. 22.

(2) Telle est l'opinion très généralement admise en partant de l'analogie avec la curatelle du *furiosus*. Gaius, II, 64 : « Ex diverso agnatus furiosi curator rem furiosi alienare potest ex lege duodecim tabularum ». Julien, D., 47, 2, *De furt.*, fr. 57, § 4 : « adeo personam domini sustinet ut etiam [tradendo] *(mancipio dando)* rem furiosi alienare potest ». Pomponius, D., 40, 1, *De manum.*, fr. 13. Cependant, suivant une doctrine défendue à la fois par v. Ihering (*Entwicklungsgeschichte d. R. R.*, p. 81 et s.) et Mitteis (*Röm. Privatr.*, p. 81) les pouvoirs du *curator furiosi* auraient été primitivement limités à l'aliénation des *res nec mancipi (pecunia)*. Ce système se fonde avant tout sur la distinction très obscure des notions de la *familia* et de la *pecunia*. Mitteis ne conteste d'ailleurs pas qu'à l'époque classique le curateur ait eu le droit de manciper les biens du *furiosus*. Mais une telle extension des pouvoirs du curateur est absolument contraire à l'évolution générale de la curatelle. Girard, *Manuel*, 1924, p. 235, n. 2.

Est-ce l'exclusion de l'interdiction en cas de succession testamentaire, ou est-ce l'exclusion de la curatelle légitime?

Si nous suivions le principe de l'analogie de l'interdiction avec le régime des biens de famille, la réponse ne saurait être douteuse. C'est l'interdiction qui serait incompatible avec la qualité d'héritier testamentaire des biens paternels. Ce qui mènerait à cette conclusion étrange, que c'est l'impossibilité d'interdire les prodigues héritiers testamentaires qui détermine l'exclusion de la curatelle légitime ! Mais, de toute évidence, l'on renverse de la sorte le rapport historique réel des choses, en faisant de la curatelle légitime un complément de l'interdiction, alors que tout montre que la curatelle est l'institution première.

De plus, l'histoire dément de façon absolue cette incompatibilité de l'interdiction avec la qualité d'héritier testamentaire. En effet, non seulement la formule du décret d'interdiction semble viser spécialement les biens recueillis *ex testamento*, mais nous savons positivement que le préteur a interdit des prodigues héritiers testamentaires puisqu'il leur a donné des curateurs honoraires.

Mais d'ailleurs le texte d'Ulpien, Reg., XII, 3, est formel. C'est bien exclusivement à la curatelle légitime, et non à l'interdiction, que s'oppose l'institution d'héritier : « ... ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus... non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri. »

Et puisqu'il n'y a aucune analogie véritable entre la curatelle et l'hypothétique régime d'inaliénabilité des biens de famille, je conclus qu'il est impossible de trouver dans ce régime une explication satisfaisante de notre règle.

Encore une fois, le défaut essentiel de ces théories est dans une distinction insuffisante de ces deux institutions, la curatelle et l'interdiction. Loin de constituer un système homogène, le régime des prodigues, tel qu'il nous apparaît à l'époque classique, n'est que la juxtaposition de deux éléments d'origine et, si je puis dire, d'inspiration essentiellement différente :

l'un tiré de l'ancienne organisation gentilice, l'autre, beaucoup plus récent, fondé sur l'autorité du magistrat de la cité. Cette distinction capitale paraît avoir passé inaperçue. Partant du point de vue d'une homogénéité absolue du régime des prodigues, nos auteurs ont été amenés à rechercher dans une analogie qui n'existe qu'avec l'institution secondaire de l'interdiction, l'explication d'une règle qui est propre à l'institution primaire de la curatelle.

C'est tout d'abord une violation de l'ordre historique qui existe entre ces institutions.

Mais c'est aussi la vraie notion de la curatelle agnatique ou gentilice qui se trouve compromise par le rapprochement indu que l'on poursuit avec le régime des biens de famille — rapprochement qui, répétons-le, n'a d'autre fondement qu'une analogie matérielle avec l'interdiction (1).

En rattachant les origines de la curatelle à un régime quelconque d'inaliénabilité on est, en effet, inévitablement amené à voir dans la curatelle un moyen pour assurer la transmission du patrimoine du prodigue à ses héritiers en ligne directe, à ses descendants (2). Il n'est pas d'autre fin concevable à un régime d'inaliénabilité. C'est la raison d'être du régime hypothétique des biens de famille. Et, sans nul doute, la même conception a inspiré le préteur dans l'interdiction (3). Mais cette concep-

---

(1) L'origine relativement récente et purement honoraire de l'interdiction une fois admise, il ne viendra, je pense, à l'idée de personne, de fonder sur cette analogie l'hypothèse d'un lien historique entre l'interdiction et l'institution conjecturale et, en tout cas, excessivement lointaine, des biens de famille.

(2) On s'explique ainsi la tendance très marquée chez la plupart des auteurs qui placent les origines du régime des prodigues dans un système d'inaliénabilité des biens de famille, à restreindre considérablement les pouvoirs des curateurs agnatiques.

(3) Décret d'interdiction (Paul, *Sent.*, III, 4*a*, 7) : « Quando... liberos... tuos ad egestatem perducis... » On peut discuter la question de savoir si la présence de *liberi* constituait une condition absolue de l'interdiction. Audibert s'est prononcé pour la négative (Op cit., p. 121 et s.) ; cette opinion n'est peut être tout à fait exacte que pour une époque assez récente ;

tion est, on peut l'affirmer, totalement étrangère au principe de la curatelle primitive. L'intérêt des agnats, c'est-à-dire des collatéraux (1), et de la *gens*, forme à lui seul la base nécessaire et suffisante de cette institution.

Les formes fondamentales du régime légal et du régime coutumier ou honoraire sont en rapport avec cette différence de but. L'intérêt des collatéraux et de la *gens* se manifeste par l'établissement d'une *potestas* ; à l'intérêt des *heredes sui* correspond, au contraire, l'inaliénabilité, sous sa seule forme historique, l'interdiction, caractéristique essentielle du régime coutumier, dans lequel la curatelle, dépouillée de toute idée de puissance, n'apparaît plus qu'en sa fonction essentiellement tutélaire. C'est donc méconnaître les rapports historiques et logiques entre la forme de ces institutions et leur finalité, que de faire dériver la *potestas* des agnats d'un régime d'inaliénabilité fait pour la sauvegarde des intérêts des descendants.

3. — Une autre explication, très originale, a été proposée par M. Appleton. Sous sa forme la plus ancienne, le testament *per aes et libram* impliquait une véritable aliénation du patrimoine au profit du *familiae emptor* chargé de l'exécution des volontés du testateur. Supposons que le fils fût le destinataire des biens. Devenus la propriété du *familiae emptor*, ces biens

---

d'ailleurs le préteur a très bien pu apporter à la formule traditionnelle du décret d'interdiction certaines modifications, suivant les circonstances de la cause (Ferrini, *Pandette*, 1917, p. 956, n. 2). En tout cas, pareille condition n'a rien à voir avec les principes de la curatelle primitive, et n'a pu être introduite que par le magistrat dans les considérants du décret d'interdiction.

(1) Les *heredes sui* ne sont pas compris parmi les agnats. Cf. Loi des XII T., V, 4 ; Gaius, III, 10. V. en ce sens H. Krüger, *Zeitschr. f. d. Priv.-u. Off. R.*, 1912, p. 346. Cependant cet auteur estime que la curatelle légitime, bien que revenant aux seuls collatéraux, était établie dans l'intérêt exclusif des *heredes sui*. Je ne puis saisir l'argument que M. Krüger veut tirer de l'anecdote contée par Valère Maxime, VII, 6, 1. Quant à celui que fournirait en faveur de cette même opinion le décret d'interdiction, il est évidemment, à nos yeux, dépourvu de toute valeur. La doctrine dominante considère la curatelle primitive comme fondée sur l'intérêt propre des curateurs. V. p. ex. Gérardin, *Nouv. Rev. Hist.*, 1889, p. 3 et s. ; Girard, *Manuel*, 1924, p. 211, 234, 238.

avaient perdu, par leur passage entre ses mains, leur qualité de biens de famille. Le fils les recevait du *familiae emptor* ; il était donc littéralement vrai qu'il ne tenait rien de son père ; par conséquent la formule traditionnelle du décret d'interdiction : « Quando... bona *paterna avitaque* nequitia tua disperdis... » eût été fausse à son égard » (1).

Il y a bien des raisons, déjà rencontrées, qui ne me permettent pas de me rallier à ce système. Je ne retiendrai ici que, celles qui sont spéciales à l'opinion défendue par l'éminent romaniste.

L'exclusion de la curatelle légitime en cas de succession testamentaire devient, dans ce système, une règle particulière au testament *per aes et libram* ; l'institution d'héritier par un testament comitial aurait dû laisser intacts les droits des agnats. C'est là une restriction au moins arbitraire de notre règle (2).

D'autre part, c'est assigner à l'exclusion des agnats une cause de caractère purement formel : les rites du testament *per aes et libram*. Il y a, je crois, quelque tendance à exagérer l'importance des traces que les formes de la *mancipatio familiae* ont pu laisser dans le droit héréditaire romain (3) ; les anciens eux-mêmes ont sensiblement abusé de ce procédé d'explication (4). On n'observe guère de vestiges directs des rites de la *mancipatio* que dans les règles relatives à la *testamenti factio* des témoins (5) ; c'est dire que leur intérêt demeure confiné dans le domaine de la forme. Du reste nul n'a mieux démontré

---

(1) Appleton, *Le testament romain*, 1903, p. 111.

(2) En ce sens Mitteis. *Röm. Privatr.*, 1908, p. 77, n. 11.

(3) V. par ex. Rabel, *Enzyklopädie der Rechtswissenschaft*, I, 1915, p. 519.

(4) Ainsi Ulpien, justifiant l'incapacité de tester du prodigue par l'interdiction du *commercium* et par conséquent de la *mancipatio familiae*. Reg. XX, 13.

(5) Gaius, II, 105, 108. V. cependant, pour une curieuse survivance de l'idée de propriété de la *familia* dans le chef du *familiae emptor*, Ulpien, D., 48, 18, *De quaest.*, fr. 1, § 6.

que M. APPLETON lui-même la part minime qui revient à ces rites dans la formation du droit héréditaire : « Nous n'apercevons, dit-il avec infiniment de raison, pas la moindre trace d'une influence quelconque de la *mancipatio familiae* sur les règles *de fond* du testament définitif » (1). Or cet effet capital de l'institution d'héritier, l'exclusion de la curatelle légitime, ne représente-t-il pas au premier chef une règle de fond de la succession testamentaire?

Mais il y a plus. Pour justifier cette exclusion de la curatelle agnatique par les rites particuliers du testament *per aes et libram*, il est nécessaire de remonter à une époque primitive où la *mancipatio familiae* ne constituait pas un testament véritable, faute d'une institution d'héritier. Ceci est en désaccord absolu avec le texte d'ULPIEN, Reg., XII, 3. C'est comme héritier testamentaire, nous dit ULPIEN, que le prodigue échappe à la curatelle agnatique. Et cette règle se trouverait avoir précisément pour fondement une institution qui permettait au prodigue de recueillir les biens paternels sans prendre aucunement la qualité d'héritier? Avec des fondements aussi contradictoires, il ne peut s'agir de la même règle. Si, par hypothèse, à raison de l'aliénation qu'elle implique au profit de l'*emptor familiae*, la *mancipatio familiae* déterminait l'exclusion de la curatelle agnatique à l'égard du véritable bénéficiaire de l'opération, c'est en vertu de principes radicalement différents que cette même exclusion a dû être admise vis-à-vis du fils institué héritier de son père.

4. — Je ne puis enfin omettre de signaler une dernière explication, celle qu'indique THÉDENAT dans le *Dictionnaire des Antiquités* de DAREMBERG et SAGLIO (2). Par son principe, elle se rapproche plus que toute autre de la solution que je proposerai bientôt ; mais le vrai sens de ce principe se trouve

(1) Op cit., p. 129.
(2) V° *curatio*, p. 1617.

entièrement déformé par la justification qu'en donne l'auteur.

C'est dans l'institution d'héritier elle-même que THÉDENAT recherche l'obstacle à la curatelle légitime. Ce point de départ est assurément le seul qui soit rigoureusement conforme au texte des Règles d'ULPIEN (XII, 3) : « cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri ». Mais qu'y a-t-il dans l'institution d'héritier qui s'oppose à une intervention des agnats ou de la *gens?* En instituant un « héritier testamentaire, dit l'auteur, le père a manifesté clairement sa volonté d'aliéner, pour ainsi dire, le bien de famille et de le donner à son héritier naturel, en propriété pleine et entière, propriété inséparable du droit de disposer librement ». C'est donc la volonté du père de famille, en tant qu'elle confère à son héritier naturel un droit absolu de disposition, qui aurait déterminé l'exclusion de la curatelle légitime.

AUDIBERT a fait à ce système deux objections (1).

Tout d'abord THÉDENAT suppose que le droit de l'héritier testamentaire était un droit plus complet que celui de l'héritier légitime : « prétendu principe qui n'a nulle part laissé de traces ».

D'autre part, AUDIBERT insiste sur l'invraisemblance de l'interprétation de volonté admise par THÉDENAT : on ne peut supposer chez le testateur l'intention de laisser ses enfants libres de se ruiner !

Ces critiques sont, à mon sens, pleinement justifiées. Mais elles ne découvrent pas le vice fondamental du système.

C'est la restriction imposée à la faculté de disposer et, en définitive, l'interdiction que THÉDENAT considère avant tout dans le régime des prodigues.

Pour justifier une exemption de cette restriction, il est amené à supposer dans le chef du fils, héritier testamentaire de son père, un droit de disposition plus étendu que celui dont il jouirait comme héritier ab intestat.

(1) Op. cit., p. 114-115.

Rien de moins vraisemblable. Mais cette invraisemblance tient uniquement à une façon inexacte de concevoir le régime des prodigues. Distinguons encore une fois nettement la curatelle de l'interdiction ; rappelons une fois de plus que l'exclusion formulée par les Règles d'Ulpien se rapporte uniquement à la curatelle ; et l'invraisemblance de ce système disparaît aussitôt. Autre chose est, en effet, de savoir si l'institution d'héritier a pu conférer à l'*heres suus* un droit de disposition plus complet, ou si elle avait pour effet d'exclure une intervention éventuelle des agnats et gentils. J'insisterai bientôt sur les différences essentielles qui séparent les deux points de vue. On voit, en tous cas, que si la première objection d'Audibert est fondée, elle ne suffit pas à condamner le principe même du système développé par Thédenat.

Des observations analogues peuvent s'appliquer à la deuxième objection d'Audibert. Il est sans doute absurde de prêter au père de famille l'intention de laisser le fils qu'il institue, démuni de tout moyen de protection et, comme le dit Audibert, « libre de se ruiner ». La question se pose de toute autre manière si nous envisageons dans l'institution d'héritier, un moyen de libérer le fils du contrôle et de la *potestas* égoïste des agnats et de la *gens*.

6. — Tous les systèmes d'explication proposés jusqu'à ce jour s'accordent sur un point. C'est d'un certain caractère d'indisponibilité ou, au contraire, de disponibilité absolue des biens qu'ils font dépendre tantôt la mise en jeu, tantôt au contraire l'exclusion de la curatelle légitime : le régime romain des prodigues se trouverait ainsi basé tout entier sur une règle ou un principe d'ordre essentiellement patrimonial.

La prédominance de ce point de vue strictement patrimonial doit être attribuée principalement à une distinction insuffisante entre la curatelle et l'interdiction. Négligeant ce qui sépare ces deux institutions, les confondant dans un même système juridique, nos auteurs ont été amenés, suivant en cela des préjugés modernes, à considérer avant tout dans le régime des

prodigues une restriction à la faculté de disposer, c'est à dire l'interdiction. Dans la règle qui exclut la curatelle légitime des prodigues « qui ex testamento parentis heredes facti sunt », ils n'ont pu voir dès lors que la manifestation d'un droit absolu de disposition, tandis que la curatelle elle-même devenait à leurs yeux la sanction d'un principe d'indisponibilité plus ou moins complète des biens recueillis ab intestat. C'est d'une différence dans le statut des biens dilapidés, suivant qu'ils ont été hérités ab intestat ou, au contraire, *ex testamento parentis*, que dépendrait en définitive l'application ou l'exclusion du régime primitif des prodigues.

Il y a dans ces systèmes une triple erreur : une erreur historique qui consiste à confondre deux institutions d'antiquité inégale et de source absolument distincte ; une erreur juridique qui consiste à méconnaître la diversité de leurs fonctions ; une erreur logique, enfin, puisqu'ils ne tendent à rien moins qu'à expliquer la règle de l'exclusion de la curatelle par une hypothèse, bien fragile d'ailleurs, qui ne saurait avoir quelque rapport qu'avec l'interdiction.

7. — La solution que j'adopte part d'un point de vue radicalement différent. Me basant sur la distinction précédemment établie entre la curatelle et l'interdiction, rejetant d'autre part les conceptions patrimoniales qui sont le fruit d'une confusion entre ces deux institutions, c'est dans le titre même d'héritier testamentaire, d'*heres scriptus*, que je vois la cause de l'exclusion de la curatelle légitime.

Il faut préciser encore. C'est le titre *personnel* d'héritier testamentaire du père qui met le prodigue à l'abri de la curatelle de ses agnats, et non une certaine qualité que les *biens* du prodigue tiendraient du fait qu'ils ont été hérités *ex testamento parentis*.

Cette conception est la seule absolument conforme au texte des Règles, XII, 3 : « A praetore constituitur curator, quem ipse praetor voluerit,... ingenuis, *qui ex testamento parentis heredes facti male dissipant bona* : his enim ex lege curator

dari non poterat, cum ingenuus quidem non ab intestato, sed ex testamento heres factus sit patri.... »

C'est comme héritier testamentaire de son père, et non parce que les biens qu'il dissipe sont ceux qui lui ont été transmis par le testament paternel, que le prodigue échappe à la *potestas* agnatique.

Il résulte de là cette conséquence fort importante, que la nature, l'origine des biens dilapidés est tout à fait indifférente à la question de l'intervention ou de la non intervention de la curatelle légitime. Peu importe que les biens dissipés aient été hérités du père, ou de tiers, ou acquis des deniers du prodigue lui-même; celui-ci tombera sous la curatelle de ses agnats s'il n'est qu'héritier ab intestat de son père ; il y échappera, au contraire, s'il est *heres ex testamento parentis*, lors même que les biens gaspillés n'auraient jamais appartenu à l'hérédité paternelle.

On voit comment cette conception sauvegarde l'unité ou, si l'on veut, l'universalité du régime des prodigues. C'est pour la gestion de l'ensemble de son patrimoine, dans tous ses éléments, sans distinction aucune, que le prodigue se trouve soumis à la puissance de ses agnats. Cette universalité est d'ailleurs seule compatible avec l'idée de *potestas*, d'un pouvoir personnel des agnats ou des gentils sur le prodigue (1). Tous les systèmes, au contraire, qui font dépendre l'intervention de la curatelle légitime de l'origine soit ab intestat, soit testamentaire des biens dilapidés, sont fatalement amenés à restreindre le régime primitif des prodigues à la protection d'une partie seulement de leur patrimoine (2). Il n'y a pas trace dans nos sources d'une pareille limitation : celle-ci ren-

(1) Comparez le principe admis en matière de tutelle, D., 26, 2, *De t. tut.*, fr. 12 (Ulpien) : Certarum rerum vel causarum testamento tutor dari non potest — fr. 13 (Pomponius) : et si datus fuerit, tota datio non valet — fr. 14 (Marcianus) : quia personae, non rei vel causae datur.

(2) Girard, *Manuel*, 2e éd., p. 235-236 ; Cuq, *Manuel*, p. 225.

contre d'ailleurs dans un des adages fondamentaux du droit successoral romain *(nemo pro parte testatus etc.)* des objections qui paraissent décisives (1).

Je me suis borné jusqu'à présent à rétablir la règle antique dans sa formule exacte. Il reste à l'expliquer. D'où vient que le titre d'héritier testamentaire de son père affranchisse à jamais le fils de la curatelle de ses agnats?

Encore une fois, le point de vue essentiellement patrimonial qui vicie les systèmes précédents doit être absolument écarté. Les droits patrimoniaux de l'héritier testamentaire des biens paternels ne sont ni plus complets ni plus étendus que ceux de l'héritier ab intestat (2). La supériorité que crée en sa faveur le titre d'*heres scriptus* est d'ordre social et même, suivant les conceptions primitives, de droit public. Elle intéresse essentiellement les droits de famille, les droits fondés sur l'organisation gentilice. Le titre d'*heres ex testamento parentis* affranchit le fils du contrôle et de la *potestas* éventuelle de la *gens* ; il consacre son indépendance vis à vis de la *gens*.

Le testament nous apparaît donc, entre les mains du père de famille romain, comme un instrument d'émancipation vis à vis de la *gens*. Tel semble du reste avoir été son rôle dans la plupart des civilisations anciennes. « L'apparition du droit de tester, observe Post, coïncide partout avec la décadence de la constitution gentilice » (3). A ce point de vue notre explication s'accorde avec les données générales du droit comparé (4).

---

(1) V. supra p. 36-37.

(2) Mitteis (*Röm. Privatr.*, 1908, p. 104, n. 26) relève trois différences entre la situation de l'héritier ab intestat et celle de l'héritier testamentaire. 1. Le fils héritier testamentaire de son père ne peut pas être « interdit *ex lege* » (on notera ici la confusion habituelle entre la curatelle et l'interdiction). 2. Le *beneficium separationis* n'est vraisemblablement accordé que contre l'héritier testamentaire, non contre l'héritier ab intestat (v. contra Bonfante, *Scritti giuridici*, I, p. 601, n. 3). 3. Seul l'héritier ab intestat peut utilement procéder à *l'in iure cessio hereditatis* avant d'avoir fait adition.

(3) Post, *Giurisprudenza Etnologica*, 1908, II, p. 146.

(4) Je dois cette constatation très importante à une obligeante remarque de M. P. Fournier (*Société d'histoire du Droit*, s. du 13 décembre 1923).

Ce sont là des analogies précieuses. Mais elles ne doivent pas nous faire perdre de vue la forme spécifiquement romaine sous laquelle se manifeste cette tendance universelle du testament à ébranler les principes de l'organisation gentilice. Ainsi, à Athènes, ce qui caractérise la réforme de SOLON en matière de testament, c'est le droit désormais reconnu au citoyen sans descendance mâle, de choisir un héritier, plus exactement un fils adoptif, en dehors du γένος (1). A Rome, au contraire, les institutions d'héritier ont lieu normalement (2), peut-être même, à l'origine, exclusivement (3) au profit des *sui*. Ce n'est donc pas par le choix de son successeur que le testateur fait acte d'indépendance vis à vis de la *gens* : c'est essentiellement par la collation à ce successeur naturel et légitime d'un *titre spécial qui l'affranchit de certaines prérogatives gentilices*, telle que la curatelle des prodigues.

Ainsi, le père de famille qui, par un acte solennel accompli devant les comices, institue son fils héritier, déclare sa volonté de soustraire celui-ci à la surveillance et au contrôle de la *gens*. Le fils héritier *ex testamento parentis* est investi en vertu de la *patria potestas* d'une dignité qui assure sa pleine indépendance au sein de la *gens*. C'est une prérogative de caractère social accordée par un père à celui ou ceux de ses descendants qu'il juge les plus capables et les plus dignes. Si parmi les *sui* il s'en trouve qui n'aient pas les aptitudes et les qualités requises, le père les exhérèdera, les laissant sous la curatelle du

---

(1) BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la République athénienne*, III, p. 426 et ss. ; MEIER-SCHOEMANN, 2e éd. LIPSIUS, p. 572. Ce n'est pas ici l'endroit d'insister sur les différences fondamentales entre le testament romain et la διαθήκη grecque. Sur ce point, v. en particulier BONFANTE, *Le affinità giuridiche greco-romane. Testamento romano et testamento greco. Scritti giuridici* I. p. 337 et s.

(2) V. en ce sens APPLETON, *Le testament romain*, p. 143 et passim ; BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, p. 108 et s., p. 411, etc.

(3) LÉVY-BRUHL, *La fonction du très ancien testament romain*, *Nouv. Rev. Historique*, 1921, p. 645 et s.

ou des frères institués (1). Si aucun des *sui* n'inspire la confiance voulue, le père peut soit renoncer à tout testament et leur laisser ses biens ab intestat, soit les exhéréder au profit d'un *extraneus*. En toute hypothèse l'exhérédation peut avoir lieu *bona mente* et s'accompagner de legs plus ou moins importants en faveur de ceux qu'elle atteint. Rien ne subsiste plus, suivant cette conception, du grief que faisait AUDIBERT au

(1) On considère cependant très généralement la succession ab intestat aux biens paternels comme une condition indispensable de la curatelle légitime (v. par ex. GIRARD, *Manuel*, 7e éd., p. 235-236). Cette opinion me paraît assez contestable. A ce compte l'exhérédation paternelle, aussi bien que l'institution *ex testamento*, constituerait une cause d'exclusion de la curatelle légitime, et il serait bien étrange qu'elle eût été omise dans les Règles d'ULPIEN. Il ne serait pas moins surprenant que l'exhérédation paternelle assurât à celui qui en était frappé une indépendance particulière au sein de la *gens*. Ce qui paraît exact, c'est que les ressources le plus souvent médiocres ou même nulles des enfants exhérédés ne devaient guère inciter les agnats ou la *gens* à prendre en main leur curatelle : faute d'un intérêt suffisant, celle-ci dût être fréquemment négligée. — Un argument de texte assez impressionnant pourrait toutefois être invoqué en faveur de l'opinion courante. Parlant des affranchis prodigues, les Règles d'ULPIEN s'expriment comme suit (XII, 3) : « his enim ex lege curator dari non poterat, cum ingenuus quidem etc.... libertinus autem nullomodo patri heres fieri possit, qui nec patrem habuisse videtur, cum servilis cognatio nulla sit ». Ainsi, l'exclusion de la curatelle légitime en ce qui concerne les affranchis prodigues se trouve justifiée par le fait qu'ils ne peuvent en aucune façon être héritier d'un père (nullomodo); c'est qu'en effet, ils n'ont pas de père au sens civil du mot, la parenté servile n'étant point reconnue. Il semble que l'on puisse conclure de là que pour tomber sous la curatelle légitime, il faut de quelque manière être héritier des biens paternels, et puisque la qualité d'*heres scriptus* est une cause d'exclusion de cette curatelle, que celle d'hétier ab intestat est nécessaire. Cette interprétation est inexacte. Une lecture attentive montre que c'est dans l'*impossibilité* (nullomodo patri heres fieri possit) d'être héritier d'un père que les Règles placent l'obstacle à la curatelle légitime des affranchis et, en définitive, dans l'absence de parenté civile. Or cette impossibilité d'être héritier d'un père n'existe évidemment pas en ce qui concerne les ingénus exhérédés, dont l'exhérédation suppose précisément la qualité de *sui*. Sans doute les explications des Règles sont elles passablement embarassées : il eût été infiniment plus simple d'observer que les affranchis échappent à la curatelle agnatique faute d'agnats ! Toute la deuxième partie du paragraphe XII, 3 est rédigée dans un style prolixe et maladroit. M. SOLAZZI attribue l'ensemble de ces développements à l'auteur de l'abrégé de l'ouvrage original d'ULPIEN (*Interpolazioni in Ulpiano XII*, *Rendiconti del R. Ist. Lombardo di Scienze e Lettere*, Milano, 55, 1922, p. 387 et s.). Dans un sens analogue, FR. SCHULZ, op. cit., p. 39.

système de THÉDENAT, de supposer au père instituant son fils, la volonté de laisser celui-ci libre de se ruiner. Le père n'instituera son fils que s'il le juge apte à remplir tous ses devoirs de chef de famille. Sans doute, des mécomptes à cet égard sont-ils toujours possibles. Mais nous savons, par une anecdote déjà citée de VALÈRE MAXIME, que c'est à réparer les erreurs de ce genre et à corriger l'indulgence souvent excessive des pères de famille que s'est employée l'autorité du préteur (1).

Cette interprétation est en parfaite harmonie avec les conceptions romaines. L'institution d'héritier est un honneur suprême, *summus honos* (2). Le testament romain, observe d'autre part M. BONFANTE, est un choix, le choix « du plus cher, du plus digne » (3) (4).

Il est d'ailleurs, dans l'histoire du régime romain des prodigues, un fait d'importance capitale, dont seule notre hypothèse est à même de rendre compte d'une manière satisfaisante. La qualité d'*heres ex testamento parentis* a toujours fait obstacle à la curatelle légitime, jamais à l'interdiction. C'est là un phénomène absolument inintelligible pour qui persiste à envisager l'institution d'héritier et la curatelle légitime sous leur aspect purement patrimonial. Tout s'explique, au contraire, le plus simplement du monde si l'on considère que l'institution d'un *suus* n'assure à celui-ci une situation privilégiée qu'au seul point de vue des droits de famille. C'est cette supériorité qui lui vaut d'être affranchi d'une *potestas* exclusivement

---

(1) VALÈRE MAXIME, III, 5, 2 : « (*Q. Fabio Maximo*) Q. Pompeius praetor urbanus paternis bonis interdixit... quem ergo nimia patris indulgentia heredem reliquerat, publica severitas exheredavit ».

(2) CICÉRON, Pro Quinct., 4, 14.

(3) BONFANTE, *Scritti giuridici*, I, p. 109.

(4) Mais il est absolument inexact que le nom de *iustus heres* désigne l'héritier testamentaire par opposition à l'héritier ab intestat, dit *heres legitimus*, comme le prétend M. F. Norden (*Apuleius v. Madaura*, Berlin, 1912, p. 151). Le texte invoqué en ce sens par l'auteur (D., 17, 2, *Pro socio*, fr. 3 § 2) dit précisément le contraire.

fondée sur des liens de parenté ou sur la communauté gentilice. Mais elle ne saurait mettre ce même héritier à l'abri d'une mesure telle que l'interdiction, qui intéresse uniquement ses droits patrimoniaux. C'est donc de façon tout à fait erronée que la plupart des auteurs déduisent de l'exclusion de la curatelle légitime une impossibilité primitive d'interdire les fils, héritiers testamentaires de leurs pères (1).

Je crois enfin pouvoir signaler l'intérêt qu'offre notre hypothèse au point de vue de l'histoire générale du droit héréditaire romain. Le testament a pour fonction essentielle et normale l'institution d'*heredes sui*. C'est là un trait absolument caractéristique et très certainement originaire des coutumes juridiques romaines. Aucune explication bien satisfaisante n'en a été proposée jusqu'à ce jour. Il y a, certes, beaucoup de raisons « externes » qui ont pu déterminer un père de famille romain à instituer des *sui*, même s'il ne devait en résulter aucune modification de leur part ab intestat : ces raisons, ce sont des exhérédations (2), des legs, des nominations de tuteurs, des affranchissements. Mais l'institution de *sui* ne peut être considérée seulement comme un moyen, un procédé pour assurer l'efficacité d'autres dispositions. Elle a évidemment sa valeur, sa fin, sa fonction en elle-même. Cette fin, je pense la trouver dans l'affranchissement des *sui* institués de certains pouvoirs que la coutume reconnaissait à la *gens* et aux agnats.

8. — Le principe auquel nous venons de rattacher l'exemption de la curatelle légitime des prodigues possède une portée

(1) GIRARD, *Manuel*, 1924, p. 236 et beaucoup d'autres.

(2) C'est à la faculté d'exhéréder que M. v. MAYR (*Römische Rechtsgeschichte*, I, 2, p. 97 et s.) attribue principalement l'extrême fréquence des testaments en faveur des *sui*. L'exhérédation de certains *sui* aurait eu pour but d'empêcher le morcellement de la propriété foncière. Réserve faite de cette considération d'ordre économique, il y a bien des analogies entre cette thèse et celle de M. BONFANTE, qui donne au testament paternel la portée d'un choix entre les *sui* ; c'est toujours, en définitive, placer l'intérêt essentiel de l'institution des *sui* dans la possibilité d'exhéréder un ou plusieurs d'entre eux.

naturelle des plus larges. Il serait surprenant que cette indépendance que le testament paternel assure à l'institué vis-à-vis des agnats et de la *gens*, se limitât à l'affranchissement de la seule curatelle des prodigues. D'autres puissances agnatiques et gentilices peuvent avoir été également mises en question par une institution d'héritier paternelle : ce sont la curatelle du *furiosus*, la tutelle des femmes et celle des impubères. Je ne crois pas dépasser les cadres de cette étude en envisageant ici sommairement ces problèmes très délicats : de leur solution dépend, en effet, dans une large mesure, la vraisemblance de l'explication que j'ai proposée en ce qui concerne la curatelle des prodigues.

Il n'y a pas trace dans nos sources d'une exclusion de la curatelle légitime du *furiosus* en cas d'institution d'héritier par le paterfamilias. Tout raisonnement par analogie des règles de la curatelle des prodigues serait excessivement hasardeux : des nécessités pratiques beaucoup plus impérieuses semblent commander ici en tout cas l'intervention des agnats et gentils. Il est à observer que la curatelle du *furiosus* comporte non seulement la conservation de son patrimoine, mais la garde de sa personne (1) : l'intérêt public le plus évident devait s'opposer à la reconnaissance de toute exemption et tendre à renforcer les droits gentilices. D'ailleurs les Règles d'Ulpien, XII, 3, fournissent un sérieux argument « a contrario » : seule la curatelle légitime des prodiges y est représentée comme tenue en échec par l'institution d'héritier paternelle, alors que le paragraphe précédent traite simultanément des deux curatelles.

Le problème se pose de toute autre façon en ce qui concerne la tutelle des femmes. Un texte décisif nous est offert par la *Laudatio* dite de Turia (746-752 U. C. 8-2 J. C.) ll. 13-24 (2) :

(1) L. XII Tab. V 7*a* : ... « adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius esto » ; Julien, *l.* 21 *dig.*, D., 27, 10, *De cur.*, fr. 7 pr. V. cependant Rabel, *Grundzüge*, p. 426, n. 3.

(2) Bruns, *Fontes*, 7e éd., n. 126 ; Girard, *Textes*, 5e éd., p. 817 et s.

« Temptatae deinde estis, ut testamen[*tum patris*], quo nos eramus heredes, rupt[*um diceretur*] coemptione facta cum uxore : ita necessario te cum universis pat[*ris bonis in*] tutelam eorum, qui rem agitabant, reccidisse : sororem omni[*um rerum*] fore expertem, quod emancupata esset Cluvio. Qua mente ista acc[*eperis, qua iis prae*]sentia animi restiteris, etsi afui, conpertum habeo.

Veritate caussam communem [*t*]utata es : testamentum ruptum non esse, ut [*uterque potius*] hereditatem teneremus, quam omnia bona sola possideres, certa qui[*dem sententia*] te ita patris acta defensuram, ut si non optinuisses, partituram cum s[*orore te adfir*]mares : nec sub condicionem tutelae legitumae venturam, quoius per [*legem in te ius non*] esset, neque enim familia[*e*] gens ulla probari poterat, quae te id facere [*cogeret* :] nam etsi patris testamentum ruptum esset, tamen iis, qui intenderen[*t. non esse id*] ius, quia gentis eiusdem non essent ».

L'exclusion de la tutelle légitime des femmes en cas d'institution d'héritier par le père ressort avec une véritable évidence de ce texte (1). Le premier alinéa contient l'exposé des prétentions des adversaires de Turia. La *conventio in manum* faite par le père de Turia a entraîné la rupture du testament qui l'instituait elle et son mari (2). Cette rupture doit avoir pour conséquence de faire passer Turia sous leur tutelle avec la totalité des biens paternels. C'est bien la tutelle elle-même et non pas *seulement* une extension de cette tutelle à un patrimoine plus considérable que les adversaires de Turia s'efforcent d'obtenir. D'autre part, l'unique argument invoqué par eux à l'appui de cette prétention est la rupture du testament : c'est donc qu'en droit, l'institution dont bénéficiait Turia constituait un obstacle à la tutelle légitime. De leurs liens de parenté ou de gentilité avec Turia, il n'est pas fait mention :

(1) V. en ce sens Accarias, I, 4e éd., n. 164.

(2) V. Gaius, II, 139.

sans doute n'insistaient-ils guère sur cette condition fondamentale de toute puissance légitime, condition dont ils eussent été fort embarassés d'offrir la preuve. Ce silence même des prétendants à la tutelle confirme l'existence du lien que nous avons admis entre la rupture du testament et l'ouverture de la tutelle : esquivant la preuve des conditions positives de la tutelle, que subsisterait-il de leur argumentation, s'ils n'avaient allégué au moins la disparition d'un obstacle à la tutelle?

Le deuxième alinéa nous fait connaître la défense de Turia. Elle tient en deux points : 1) « Il n'y a pas eu rupture du testament ». Par quels arguments Turia fit valoir cette thèse, le texte ne nous le dit point. C'était probablement la partie la plus faible de sa défense. Elle-même semble avoir envisagé la probabilité d'un échec à cet égard (1) : « certa qui[*dem sententia*] te ita patris acta defensuram, ut si non optinuisses, partituram cum s[*orore te adfir*]mares ». La même hésitation se laisse entrevoir dans la deuxième thèse, mise en ordre subsidiaire. 2) « Même si le testament se trouvait rompu, la tutelle ne reviendrait point aux prétendants, puisqu'ils ne peuvent faire la preuve de leur qualité de gentils ». C'est devant la mise en demeure d'établir leur gentilité, que les adversaires de Turia paraissent avoir renoncé à une action (« cesserunt constantiae tuae neque amplius rem sollicitarunt » l. 25) (2) : incapables de justifier de leur droit à la tutelle, ils perdaient tout intérêt à attaquer le testament. En tout cas, le texte montre clairement que la rupture du testament eût fait disparaître un obstacle à la tutelle. On ne comprendrait pas autrement qu'après avoir repoussé les prétentions à la tutelle en se fondant sur le seul défaut de liens de gentilité, il revînt à la question de validité du testament : « nam etsi patris testamentum ruptum esset... » S'il y revient, c'est qu'il n'y avait rien à objecter contre la

(1) MOMMSEN, *Ges. Schriften*, I, p. 410.

(2) KNIEP, *Gai Inst. comm.* I, p. 183 ; B. KÜBLER, *Zeitschr. d. Sav. Stift.*, 1920, p. 40.

justesse « intrinsèque » de l'argument que les prétendants tiraient de la rupture du testament en faveur de la tutelle, et que cette rupture même avait quelque chance d'être admise ; mais que d'ailleurs, ces prétendants n'avaient aucune qualité pour s'en prévaloir « quia eiusdem gentis non essent ». Toutes les idées s'enchaînent avec une logique parfaite. Le raisonnement est d'une telle rigueur qu'il ne laisse place à aucun doute sur les effets que les deux parties s'accordaient à reconnaître à une rupture éventuelle du testament : le testament étant supposé rompu, Turia tombera nécessairement sous la tutelle des prétendants, si ceux-ci peuvent faire la preuve de leur gentilité. La contestation porte simultanément sur le fait de la rupture du testament et sur l'existence du lien de gentilité.

De ce témoignage probablement unique, mais d'une absolue certitude, se dégage une règle parallèle à celle que nous avons rencontrée en matière de curatelle des prodigues : l'institution paternelle et, sans doute, faut-il ajouter, celle du mari en cas de mariage *cum manu*, affranchit la femme de la tutelle de ses agnats et gentils. Il y a d'ailleurs, entre la situation du fils institué et celle de la fille ou de la femme, cette différence capitale, que le premier échappait définitivement à toute sujétion, tout au moins avant l'apparition de la curatelle dative (1), tandis que la seconde recevait de son père, ou de son mari, un tuteur testamentaire.

Peut-être trouvera-t-on, dans ces effets de l'institution d'héritier en ce qui concerne la tutelle légitime des femmes, quelques éclaircissements sur la portée encore fort énigmatique de la loi Voconia. C'est une hypothèse que je crois utile de signaler, en me bornant toutefois ici à quelques considérations indispensables.

---

(1) Il n'y a pas de vraie curatelle testamentaire. Sur l'importance trop méconnue de ce principe, voyez notre étude *Potestas et cura. Studi in onore di S. Perozzi*, 1925, p. 406 et s.

On sait que la loi Voconia déclarait les femmes incapables d'être instituées par des citoyens appartenant à la première classe, c'est à dire, dont le cens attestait une fortune de plus de 100.000 as. Cette incapacité était générale ; elle atteignait aussi bien les héritières légitimes du défunt, et notamment ses filles, que les femmes étrangères à la famille (1). D'autre part, la loi laissait intacte la capacité des femmes d'hériter ab intestat. Ce dernier trait semble gravement compromettre l'économie du système : la loi ayant pour but de combattre le luxe des femmes, il paraît incompréhensible qu'elle leur permette de recueillir ab intestat ce qu'elles ne pourraient recevoir comme héritières *ex testamento*. Bref, en ce qui concerne les héritières ab intestat du défunt, l'incapacité d'être instituées édictée par la loi Voconia semble dépourvue de toute signification véritable.

La difficulté paraît insoluble en effet, tant que l'on envisage l'institution d'héritier du point de vue purement patrimonial, comme un simple mode de transmission des biens. La position du problème se trouve très sensiblement modifiée, au moins en ce qui concerne ces héritières ab intestat par excellence du défunt, sa femme *in manu* et sa fille, si l'on considère que l'institution *ex testamento parentis* affecte aussi les droits de famille, en affranchissant les femmes bénéficiaires de cette institution de la tutelle agnatique et gentilice. Une loi réactionnaire et antiféministe, telle que l'était incontestablement la lex Voconia devait nécessairement se préoccuper de maintenir les femmes sous l'antique et rigoureuse discipline familiale ; par sa nature même, comme par les graves atténuations

(1) B. Kübler, *Zeitschr. d. Sav. Stift.*, 1920, p. 23 et s. ; St-Augustin, *De civ. D.*, III, 21 : ne quis heredem feminam faceret, nec unicam filiam. Voyez toutefois Beseler, *Zeitschr. d. Sav. Stift.*, 1922, p. 537, qui conteste ce témoignage ; l'auteur s'appuie sur le langage de Gaius, II, 274 : « Mulier, quae ab eo qui centummilia aeris census est per legem Voconiam heres institui non potest », pour soutenir que la prohibition n'avait pas un caractère général (*Mulier, quae...* au lieu de *Mulier, quamquam*).

qu'elle avait reçues au cours des siècles (1), la tutelle testamentaire des femmes était loin de répondre aux vues austères du législateur. Celui-ci voulut donc empêcher que la femme qui recueillait l'hérédité paternelle se trouvât en même temps affranchie de la tutelle légitime : de là l'interdiction d'instituer la femme ou la fille. Mais le principe de la tutelle légitime étant sauf, rien ne s'opposait à ce qu'elle recueillît l'hérédité paternelle : voilà pourquoi la loi n'a point touché à son droit de succession ab intestat. Nous aboutissons, en somme, à la conclusion que formulait déjà GIDE en ces termes frappants : « Ce que voulait la loi, ce n'est pas qu'aucune femme ne pût être riche, c'est qu'aucune femme ne pût être à la fois riche et indépendante » (2).

Au reste, les préoccupations que nous attribuons aux auteurs de la loi Voconia ne constituent pas une pure hypothèse. La perte du commencement du livre XLI des Histoires de TITE-LIVE nous laisse, il est vrai, dans l'ignorance des intentions précises de ses promoteurs, de CATON, en particulier, qui s'en fit le défenseur acharné (3). Mais quelque vingt-cinq ans plus tôt, en 559/195, le même CATON combattait déjà âprement l'abrogation de la loi Oppia qui réprimait le luxe des femmes. Est-il téméraire de rechercher dans le discours fameux qu'il

---

(1) Citons en particulier la *tutoris optio*. GAIUS, I, 150-154.

(2) GIDE, *Etude sur la condition privée de la femme*, 2e éd., 1885, p. 148. C'est au souci de maintenir les femmes sous la tutelle de leurs agnats que GIDE attribuait déjà l'interdiction faite au père d'instituer sa fille. La seule différence entre le système adopté par le savant auteur et celui que nous proposons est la suivante : Selon GIDE, l'exclusion de la tutelle légitime des femmes résulte de la désignation d'un tuteur testamentaire ; si la loi interdit l'institution d'héritier, c'est seulement à raison de sa combinaison possible avec une tutelle testamentaire. On ne comprend guère, d'après ce système, que la loi ne se soit pas bornée à interdire la désignation d'un tuteur en cas d'institution d'héritier. D'après nous au contraire, l'affranchissement de la tutelle légitime est une suite immédiate et nécessaire de l'institution d'héritier : cette conception justifie évidemment beaucoup mieux une interdiction absolue portant sur l'institution elle-même.

(3) CICÉRON, *De Senectute*, 5, 14 ; AULU-GELLE, *N. A.*, VI, 13, 2. XVII, 6, 1.

prononça à cette occasion quelques unes des vues qui devaient inspirer un jour la loi Voconia? En tout cas, tel qu'il nous est rapporté par TITE-LIVE, ce discours montre l'importance capitale que CATON attachait à la tutelle légitime des femmes comme garantie du maintien de l'ordre et des mœurs anciennes (1). La réplique de L. VALERIUS n'est pas moins significative : « Les prescriptions législatives en cette matière, dit-il en substance, sont odieuses aux femmes et inutiles. La *manus* et la tutelle légitime tiennent les femmes en notre sujétion perpétuelle ; c'est de nous-mêmes, c'est de chacun de nous qu'il dépend de réfréner leur luxe (2). » Adversaires et défenseurs de l'abrogation de la loi Oppia semblaient donc s'accorder pour reconnaître dans la tutelle légitime l'une des bases de l'ordre social.

Toutes les considérations que nous venons d'émettre et qui tendent à justifier l'interdiction d'instituer des femmes héritières ab intestat, ne s'appliquent, il est vrai, qu'à la fille ou à la femme *in manu* du défunt. Elles n'expliquent en aucune façon la défense d'instituer d'autres héritières ab intestat, puisque cette institution ne saurait avoir pour effet de les affranchir de la tutelle légitime. On observera cependant que le cercle de ces héritières est, en droit classique, excessivement restreint. « Voconiana ratione », le droit de succession ab intestat des femmes est limité aux sœurs germaines et consanguines. Cette règle traditionnelle est-elle antérieure ou postérieure à la loi Voconia? L'expression « Voconiana ratione »

(1) TITE LIVE, 38, 2 : « Majores nostri, nullam, ne privatam quidem, rem agere feminas sine auctore, voluerunt ; in manu esse parentum, fratrum, virorum.

(2) Id., 38, 7 : « Silice , si legem Oppiam abrogaveritis, non vestri arbitrii erit, si quid eius vetare volueritis, quod nunc lex vetat, minus filiae, uxores, sorores etiam quibusdam in manu erunt. Nunquam, salvis suis, exuitur servitus muliebris : et ipsae libertatem, quam viduitas et orbitas facit, detestantur. In vestro arbitrio suum ornatum, quam legis, malunt esse. Et vos in manu et tutela, non in servitio, debetis habere eas ; et malle patres vos aut viros, quam dominos dici ».

que nous trouvons dans les Sentences de Paul (1), n'impose à cet égard aucune conclusion certaine : elle peut signifier seulement que cette règle coutumière a été introduite pour des raisons analogues à celles qui ont déterminé le vote de la loi Voconia, c'est à dire pour combattre le luxe des femmes (2). Si elle est postérieure à la loi Voconia, l'interdiction d'instituer des femmes héritières ab intestat intéresse une catégorie très large et devient d'autant plus difficilement explicable : on peut admettre que, précisément à raison de l'illogisme de la loi, la jurisprudence a aboli le droit de succession légitime des femmes agnates, sans cependant oser porter atteinte aux droits des plus proches collatérales (3). Si, au contraire, elle est antérieure, on peut conjecturer que, dans son antiféminisme radical et afin qu'aucune femme ne pût se prévaloir de l'honneur d'une institution d'héritier, la loi ne s'est pas arrêtée au défaut de conséquences pratiques que pouvait avoir son interdiction en ce qui concerne les sœurs consanguines du défunt.

En toute hypothèse, la règle de l'exclusion de la tutelle légitime des femmes en cas d'institution d'héritier ne peut fournir qu'une explication partielle de l'interdiction portée par la loi Voconia. Mais pourquoi voudrait-on que toutes les lois romaines fussent empreintes d'une logique que méconnaissent si souvent nos lois actuelles?

9. — Il semble que l'existence d'une règle analogue en ce qui concerne la tutelle légitime des impubères doive *a priori* être repoussée. Comment concevoir, en effet, la situation de l'impubère que son père aurait institué héritier sans lui nommer un tuteur? Nos textes classiques sont unanimes à admettre en pareil cas l'ouverture de la tutelle légitime. Et je ne crois

(1) Paul, *Sent.*, 4, 8, 20 (22) : « Feminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur : idque iure civili Voconiana ratione videtur effectum ».

(2) Savigny, *Vermischte Schriften*, 1, p. 439.

(3) M. Michon suppose que déjà la loi Voconia exceptait de sa prohibition les sœurs consanguines (*Nouv. Rev. Hist.*, 1921, p. 162).

pas qu'aucun doute ait jamais été élevé à cet égard par les interprètes modernes.

Il est un texte pourtant, qui laisse supposer un régime primitif bien différent. PAUL, *l. 38 ad edictum*, D., 26, 4, *De leg. tut.*, fr. 6 :

« Intestato parente mortuo adgnatis defertur tutela. intestatus autem videtur non tantum is qui testamentum non fecit, sed et is qui testamento liberis suis tutores non dedit : quantum enim ad tutelam pertinet, intestatus est ».

Nous avons évidemment affaire à un adage traditionnel, que le juriste se met en devoir d'interpréter de façon conforme au droit en vigueur. Cet adage, quelle en est la source? Par sa forme, il rappelle de fort près certains préceptes de la loi des XII Tables et notamment celui relatif à la succession légitime : « *Si intestato moritur...* » A ce titre, il mériterait infiniment mieux de figurer dans les restitutions de cette loi, que ce texte de GAIUS (I, 155) qu'adoptent les éditions les plus autorisées : (1) « Quibus testamento... tutor datus non sit, iis ex lege XII tabularum agnati sunt tutores ». La substitution à ce texte de l'adage commenté par PAUL s'impose, à mon sens, par des considérations de forme absolument décisives.

Donc, suivant ce précepte, la tutelle est déférée aux agnats en cas de *décès ab intestat* du père de famille.

Voyons à présent le commentaire de PAUL. Doit être considéré comme décédé ab intestat, nous dit le juriste, tout père de famille qui n'a pas donné de tuteur à ses enfants, même s'il a fait un testament : celui-là est en effet intestat pour ce qui concerne la tutelle. C'est là une interprétation surprenante, insolite et absolument contraire à la terminologie de nos sources. Celles-ci nous ont conservé plusieurs définitions de l'« intestatus ».

---

(1) BRUNS, GIRARD, RICCOBONO-BAVIERA-FERRINI. Dans aucune de ces éditions le texte de PAUL n'est même mentionné en note.

Paul, Sent., IV, 8, 1 (Coll., 16, 3, 1) : « Intestati dicuntur, qui testamentum facere non possunt (Mommsen : vel iure non fecerunt cum possent), vel ipsi linum ut intestati decederent, abruperunt, vel quorum hereditas repudiata est quibusve condicio defecerit, nisi iure praetorio non iure factum testamentum objecta doli exceptione optinebit ».

Id., *l. 67 ad edictum*, D., 50, 16, *De verb. s.*, fr. 64 : « Intestatus » est non tantum qui testamentum non fecit, sed etiam cuius ex testamento hereditas adita non est ».

Ulpien, *l. 12 ad Sabinum*, D., 38, 16, *De s. et leg. her.*, fr. 1 pr. : « Intestati proprie appellantur, qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt, sed et is, qui testamentum fecit, si eius hereditas adita non est vel ruptum vel irritum est testamentum, intestatus non improprie dicetur decessisse, plane qui testari non potuit, proprie non est intestatus, puta impuber furiosus vel cui bonis interdictum est : sed hos quoque pro intestatis accipere debemus : eum quoque qui ab hostibus captus est, quoniam per legem Corneliam successio his defertur, quibus deferretur, si in civitate decessisset : nam et eius hereditas fuisse creditur ».

Inst. J., III, 1 pr. : « Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit aut non iure fecit aut id quod fecerat ruptum irritumve factum est aut nemo ex eo heres extitit ».

Le sens propre du terme « intestatus » (qui cum posset testamentum facere testatus non est) a donc reçu de la jurisprudence de notables extensions. Aucune d'elles, cependant, ne va jusqu'à permettre de qualifier d'« intestatus » celui qui a fait une institution d'héritier valable et efficace ! Sans doute, Paul prend-il soin de dire que le père qui a fait un testament sans donner un tuteur à son fils impubère n'est intestat que quant à la tutelle. Mais c'est là manifestement détourner les mots de leur vrai sens. S'il est vrai qu'il n'y a point de testament sans une institution d'héritier, celui qui a fait une institution d'héritier ne peut être dit « intestatus ». C'est l'institution d'héritier qui fait le testament, et l'absence d'aucune autre

disposition secondaire ne doit permettre de qualifier l'auteur de cette institution, d'« intestatus ».

C'est donc une interprétation évidemment forcée du mot *intestatus* que nous offre le texte de PAUL. Et, précisément, il ne saurait y avoir pour nous de preuve plus solide que ce terme figurait bien dans le précepte légal relatif à la tutelle légitime des impubères.

D'ailleurs, cette interprétation est conforme au droit en vigueur et s'accorde avec l'opinion unanime de la jurisprudence classique. Mais elle trahit trop clairement les termes de l'adage, et ne saurait passer pour en rendre le sens originaire. Très vraisemblablement, il ne faut voir dans le commentaire de PAUL qu'une de ces « malices » un peu grosses dont sait s'accommoder une jurisprudence d'esprit essentiellement positif et qui, sanctionnées par une longue tradition, se sont élevées au rang de vérités pratiques indiscutables.

C'est, au contraire, au sens strict et littéral des termes que nous devons nous tenir, pour reconstituer la physionomie du régime primitif. On est ainsi amené à admettre qu'il y eut une époque lointaine où l'institution d'héritier au profit d'un *suus* impubère impliquait l'exclusion de la tutelle agnatique et gentilice (1). On ne saurait objecter qu'à défaut de désignation d'un tuteur testamentaire, l'impubère se trouverait

(1) Des termes absolus de l'adage commenté par PAUL *(Intestato parente mortuo...)* on pourrait même conclure que tout testament fait par le *pater familias*, fût-il établi au profit d'*extranei* et contînt-il l'exhérédation des *sui*, devait entraîner une exclusion de la tutelle légitime. Seule l'absence totale de testament aurait permis une intervention des agnats et des gentils. D'après cela, ce ne serait plus le titre d'héritier institué dans le chef d'un *suus* impubère, mais le fait par le *pater familias* d'avoir testé qui ferait obstacle à la tutelle légitime. Je suis néanmoins porté à croire que notre adage est exclusivement fondé sur l'opposition de la succession ab intestat à la succession *ex testamento* des *sui* : c'est qu'en effet, en cas d'exhérédation, la tutelle est d'intérêt nul ou insignifiant pour les agnats. Une autre explication conviendrait à faire remonter cet adage à une époque où, comme le pensent aujourd'hui bien des auteurs, le droit de tester n'existait qu'au profit des *sui*.

démuni de toute protection. Cette hypothèse se trouve pratiquement exclue à raison du principe même que nous supposons. S'il est vrai que l'institution d'héritier comme telle fait obstacle à la tutelle légitime, non seulement il est très peu vraisemblable que les testateurs eux-mêmes omettent la nomination d'un tuteur, mais les pontifes qui, dans le testament public, veillaient à l'observation des solennités et guidaient les parties dans leur accomplissement ont dû attirer leur attention sur l'absolue nécessité d'une pareille clause.

Il y a peut-être d'autres raisons, plus délicates et plus profondes, qui mènent à croire que la nomination d'un tuteur formait jadis le complément et comme le prolongement indispensable de l'institution d'un héritier impubère. Une similitude fondamentale se révèle entre les conditions de la tutelle testamentaire et celles de l'institution d'héritier.

Le tuteur désigné doit avoir la *testamenti factio* (1); la délation de la tutelle est universelle comme la vocation héréditaire (2). Sans aller jusqu'à dire, avec Sohm (3), que l'impubère n'était point un véritable héritier — ce qui nous paraît manifestement inexact — il semble que l'on puisse conclure de cette similitude que la tutelle testamentaire n'est en quelque sorte qu'un rameau détaché de l'institution d'héritier, sans lequel l'institution d'un impubère devait paraître incomplète.

Avec la pratique du testament privé, se serait effacé le lien que les formes publiques du testament comitial avaient maintenu entre l'institution d'héritier et la tutelle. L'absence de tout contrôle public multipliant les cas d'omission de la tutelle, la jurisprudence n'aurait pas hésité à recourir à l'interprétation artificielle rapportée par Paul, et, à l'adage primitif « Intestato mortuo parente etc. », elle aurait pratiquement substitué la règle : « Quibus testamento quidem tutor datus non sit, iis

(1) Paul, *l. 8 brevium*, D., 26, 1, *De test. tut.*, fr. 21.
(2) Ulpien, *l. 38 ad Sab*, D., 26, 1, *De test. tut.*, fr. 12.
(3) Sohm, *Institutionen*, 1919, p. 658, n. 1, 665, n. 1.

ex lege XII tabularum agnati sunt tutores, qui vocantur legitimi » (4).

Je ne me dissimule point ce que ces explications ont de purement hypothétique. Mais le précepte lui-même auquel elles se rapportent demeure comme une sérieuse présomption en faveur de l'exclusion primitive de la tutelle légitime en cas d'institution d'un *suus* impubère.

Encore une fois, comme dans la curatelle des prodigues, comme dans la tutelle des femmes, le testament paternel nous apparaît comme un instrument essentiel d'émancipation, d'affranchissement à l'égard des puissances égoïstes et rigoureuses, fondées sur l'organisation familiale primitive.

FERNAND DE VISSCHER.

(4) GAIUS I, 155.

DE L'EFFET DU CONSTITUT A L'ÉGARD DES CO-SUJETS CORRÉAUX

PAR

JOS. WILLEMS

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE LIÉGE

DE L'EFFET DU CONSTITUT A L'ÉGARD DES CO-SUJETS CORRÉAUX

Le créancier, qui conclut un constitut avec l'un de ses débiteurs, libère-t-il les autres débiteurs ; le débiteur, qui conclut un constitut avec l'un de ses créanciers, éteint-il le droit des co-créanciers corréaux?

Un seul texte, bien connu, de PAUL (D., 13, 5, 10) aborde la question. Il ne prévoit que le cas des co-créanciers et son interprétation est fort discutée.

Avant d'en aborder l'examen, il convient de se demander quelle solution la nature même du constitut permet de donner au problème envisagé.

Le constitut, par sa nature, justifie-t-il l'extinction de l'ancienne obligation, à l'égard des co-sujets corréaux?

L'affirmative a été soutenue, d'une part, en vertu de la considération que le constitut tiendrait lieu de paiement ; d'autre part, en vertu de l'idée que le constitut, dans certains cas, réaliserait une espèce de novation.

L'assimilation du constitut au paiement (1) n'a plus guère de partisans et n'est pas défendable.

Le seul texte, qui donne un semblant d'appui à cette thèse est précisément le texte discuté de PAUL (D., 13, 5, 10) : *quia loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is cui constituitur.*

Mais cette phrase ne signifie pas qu'il faut considérer le constituant comme ayant été payé, mais bien qu'il faut mettre le constituant à la place de celui qui a déjà été payé. En d'autres termes, PAUL n'établit pas une assimilation de deux

(1) V. not. DEMANGEAT, *Cours élémentaire de droit Romain*, t. 2, p. 531.

actes juridiques (le constitut et le paiement), mais signale la substitution d'une *personne* à l'autre : le constituant prenant la place de son co-créancier déjà payé.

Le *jam* du membre de phrase cité indique que la pensée du jurisconsulte est dirigée vers un cas concret. Ce cas est celui que Paul signale immédiatement avant le *quia*, à savoir : *alteri postea solutum est*. Le constituant et le bénéficiaire du paiement sont deux personnes (alteri — alteri), dans le membre de phrase qui précède le *quia*, et il s'agit de ces *mêmes* personnes, substituées l'une à l'autre, dans la finale du texte. A la vérité, il semble que les jurisconsultes byzantins aient mal interprété le passage de Paul et y aient vu une assimilation entre le constitut et le paiement. Les Basiliques (26. 7. 10), en effet, traduisent le membre de phrase de Paul par : ὁ γὰρ ἀντιφωνηθεὶς ἔοικὲ τῷ ἀπολαβόντι (car le constituant *est semblable* à celui qui est payé).

Mais cette interprétation est sans valeur au point de vue de l'établissement de la pensée de Justinien ou du jurisconsulte classique.

Il est donc permis de conclure que l'effet extinctif du constitut n'a pas son explication dans l'assimilation de celui-ci au paiement.

Huschke (1) a exprimé l'avis que le constitut est un commencement d'exécution et, qu'à ce titre, il anéantit la corréalité, attendu que le paiement, exécution parfaite, a cet effet.

Cette variante dans la conception du constitut est arbitraire. Le constitut n'est pas davantage un commencement d'exécution, qu'il ne tient lieu de paiement (2).

L'opinion, qui voit dans le constitut une espèce de novation, est partagée par de nombreux auteurs. Ceux-ci, toutefois, ne sont pas d'accord sur les conditions auxquelles cette novation

(1) *Archiv. für d. civ. Praxis*, LXV, p. 252. 254 s.

(2) V. Binder, *Die Korrealobligationen im römischen und heutigen Recht*, 1899, p. 423.

se produit, ni même sur le point de savoir s'il y a novation véritable ou si le constitut entraîne seulement certains effets de la novation (1).

En principe, le constitut n'a pas d'effet novatoire, les textes sont explicites à cet égard (2) ; cependant, il faut admettre que l'intention des parties peut être, dans certains cas, d'opérer une espèce de novation, et la volonté des parties fait loi entre elles (3).

Mais, en admettant la conception du constitut novatoire, il n'en résulte pas que ce constitut ait un effet extinctif à l'égard des co-sujets corréaux.

La novation par constitut est nécessairement une novation prétorienne, dont l'effet extinctif ne peut être mis en valeur que par voie d'exception. Cette exception ne peut être que l'*exceptio doli* ou l'*exceptio pacti conventi*.

L'*exceptio doli* ne peut être invoquée contre le co-créancier du constituant, car il ne commet aucun dol en réclamant ce qui lui est dû, malgré un constitut auquel il est resté étranger : elle ne peut être invoquée par le co-débiteur du constituant, car il n'est victime d'aucun dol lorsqu'il est soumis à la réclamation de ce qu'il doit.

L'*exceptio pacti* ne peut davantage être invoquée, car le pacte, fût-il *in rem*, ne peut, en principe, être invoqué par les

---

(1) Cf. KUNTZE, *Obligation und Singularsuccession*, 1856, p. 199 et *s.*, et *Die Obligation im heut. und röm. Recht*, 1886, p. 160. DEMANGEAT, *Des obligations solidaires*, 1858, p. 84 *s.* BODIN, *Des effets du pacte de constitut* (*Revue hist. de droit franç. et étr.*), 1866, p. 209 *s.* BRUNS, *Das constitutum debiti* (*Zeitschrift für Rechtgeschichte*), 1, p. 83. SCHÖNEMANN (*Lindes Zeitschrift* (Nouv. suite), t. XIX, app.). GIRARD, *Manuel élément. de droit romain*, 7e éd. 1924, p. 636, 733.

(2) G., D., 13, 5, 28. — ULP., D., 15, 3, 15.

(3) PAP., D., 13, 5, 25 pr. Et nous sommes disposés à admettre l'intention novatoire dans le texte de PAUL (D., 13, 5, 8, 10). Celle-ci résulte des termes *mihi soli soluturum*. (BARON, *Gesammtrechts-Verhältnisse*, p. 303).

co-débiteurs (1) ou contre les co-créanciers (2) de celui qui y est intervenu.

Nous concluons que les règles du constitut ne peuvent légitimer l'effet extinctif de ce pacte à l'égard des co-sujets corréaux.

Dès lors, une double conséquence se dégage :

En ce qui concerne les co-débiteurs, l'absence de texte spécial doit faire admettre, avec l'opinion dominante (3), que le constitut passé par un débiteur ne libère pas ses co-débiteurs.

En ce qui concerne les co-créanciers, la solution de la question doit être recherchée uniquement dans le texte de PAUL au Digeste 13, 5, 10.

Cette loi 10. de PAUL, ne contient pas de décision, mais se réfère aux textes précédents par les mots « *idem est* ». Il convient donc, pour l'interpréter, de rappeler le texte des lois 8 et 9.

D., 13, 5, 8. PAULUS *(libro vicensimo nono ad edictum). Si vero mihi aut Titio constitueris te soluturum, mihi competit actio : quod si, posteaquam soli mihi te soluturum constituisti, solveris Titio, nihilo minus mihi teneberis.*

Loi 9. PAPINIANUS *(libro octavo quaestionum).*

Titius tamen indebiti condictione tenebitur, ut quod ei perperam solutum est ei qui solvit reddatur.

---

(1) P., D., 2, 14, 21, 5 : le pacte ne profite qu'au co-débiteur jouissant d'un recours.

(2) P., D., 2, 14, 27 pr. (*in fine*). La solution la plus libérale de ce texte permet seulement de se prévaloir du pacte contre le co-créancier *socius*. BODIN (*op. cit.*, p. 225) tente d'écarter la contradiction qui, dans son système, existe entre le texte du D., 13, 5, 10 et celui du D., 2, 14, 27 pr. — tous deux de PAUL — en supposant que le second texte n'exprime pas la pensée de PAUL et que les jurisconsultes étaient en désaccord sur la portée du pacte *in rem*.

Les deux suppositions sont gratuites.

(3) WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, t. 2, § 296. BINDER, *Korrealoblig.*, p. 241. LANDUCCI, *Le Obbligazioni in solido*, 1880, p. 231, applique à la situation des co-débiteurs la solution originale qu'il propose, nous le verrons, pour les créanciers.

Loi 10. PAULUS *(libro vicensimo nono ad edictum).*

Idem est et si ex duobus reis stipulandi post alteri constitutum alteri postea solutum est, quia loco ejus, cui jam solutum est, haberi debet is cui constituitur.

La doctrine dominante admet que PAUL assigne, en termes secs, au constitut l'effet de priver les co-créanciers de leur droit de créance (1).

Pareille solution, cependant, admise par les anciens commentateurs, avait déjà heurté le bon sens de SAVIGNY (2). Il a évité la difficulté, en déniant toute valeur probante au texte de PAUL, par le raisonnement suivant :

Une discussion aurait existé entre jurisconsultes anciens au sujet de la portée du constitut, PAUL serait un représentant attardé de l'opinion qui assimilait le constitut au paiement et JUSTINIEN aurait eu tort d'insérer son texte dans sa compilation. Des objections fondées ont été faites à ce raisonnement : d'une part, il n'est nullement établi que les anciens jurisconsultes aient discuté l'effet du constitut ULPIEN (D., 13, 5, 18, 3) rappelle une discussion ancienne, non au sujet de l'effet extinctif du *pacte*, mais au sujet de l'effet de l'*intentement* de l'*actio constitutoria*. D'autre part, PAUL n'était pas partisan de l'opinion qui assimile le constitut au paiement, comme il ressort des lois 19 et 22 (D., 13, 5) et, dans la loi 10, il ne signale pas une assimilation du constitut au paiement, mais une substitution du constituant au co-créancier payé.

Il n'est donc pas permis d'écarter simplement le texte discuté.

Mais les auteurs, qui voient dans ce texte l'affirmation de l'extinction du droit des co-créanciers, sont loin d'être d'accord sur la manière de justifier cette solution. Les uns la considèrent

(1) BINDER, *Korrealobl.*, p. 413.

(2) *Das Obligationenrecht* (1851), t. 1, p. 167-168.

comme une application, faite par PAUL, des règles du constitut, soit que le jurisconsulte assimile le constitut au paiement, soit qu'il admette l'effet novatoire du pacte. Nous avons vu que la première conception est erronée, la seconde n'entraîne pas la conséquence qu'on y attache.

D'autres auteurs ont, à bon droit, renoncé à justifier la décision de PAUL par les règles du constitut. Ils ont cherché la solution du problème dans la corréalité même.

GIRTANNER (1) et FITTING (2) ont rattaché cette décision au caractère alternatif que présenterait l'obligation corréale. Celle-ci serait une obligation alternative, quant aux sujets. L'alternative entre créanciers prendrait fin par le choix *(electio)* de n'importe lequel d'entre eux et le constitut, étant l'exercice de pareil choix, éteindrait donc le droit des co-créanciers corréaux.

Outre que cette théorie ingénieuse est sans appui dans les textes relatifs à la corréalité contractuelle, BINDER (3) a fait observer que PAUL, dans sa loi 10, ne fait pas allusion au choix, mais au paiement.

BINDER (4), à son tour, a placé l'explication de la décision de PAUL dans ce que l'on peut appeler la théorie de la *praeventio* (5).

« Par l'identité de prestation, dit-il, et la consomption » générale qui y est liée, on arrive à la structure pratique de la » corréalité, consistant en ce que le créancier qui met en pre- » mier lieu la main sur le débiteur, enlève leur droit à ses » co-créanciers. Et l'effet du constitut est une simple consé- » quence de cette structure.... Il n'y a qu'un pas de l'effet » général de la *litis contestatio* à la *praeventio* par constitut » (6).

(1) *Das Burgschaft nach gemeinen Civilrecht*, 1851, t. 2, p. 78 et 398.
(2) *Die Natur der Korrealobligationen*, 1859. p. 180 n. 204.
(3) *Korrealobl.*, p. 414.
(4) *Ibid.*, p. 442-443.
(5) Cf. WINDSCHEID, *Pand.*, t. 2, § 296, n. 2.
(6) BINDER, *op. cit.*, p. 443.

L'on peut objecter que cette théorie de la *praerentio*, comme la précédente, est étrangère aux sources. L'effet de la *litis contestatio* n'est qu'une résultante de la vieille règle de procédure : *ne bis de eadem re sit actio*, de l'application de laquelle on ne peut tirer aucune déduction pour le constitut.

Les diverses justifications de l'interprétation courante du texte de PAUL ne sont donc pas convaincantes. La thèse elle-même de l'extinction du droit des co-créanciers heurte l'équité. Le constitut est, pour les co-créanciers, une *res inter alios acta* et ce pacte ne doit, pas plus que le pacte de remise, affecter leur situation.

Une explication du texte de PAUL, diamétralement opposée à celle de la doctrine dominante a été proposée par deux auteurs italiens, SERAFINI (1) et LANDUCCI (2). Bien loin que le constitut éteigne le droit du co-créancier, c'est le paiement fait au co-créancier qui rendrait nul le constitut.

Comme ces deux auteurs arrivent à la même conclusion et que l'interprétation de SERAFINI présente une erreur, relevée par HUSCHKE (3) et redressée par LANDUCCI (4), nous pouvons nous borner à rappeler le raisonnement de ce dernier.

Dans la loi 8, PAUL prévoit deux hypothèses indépendantes (5) de constitut. Ces hypothèses sont mises en opposition par *quod si*. Dès lors les mots *idem est* de la loi 10 ne peuvent se rapporter qu'à l'hypothèse qui précède immédiatement : *mihi soli soluturum constitueris.*

PAUL met en parallèle ce second cas de la loi 8 et la loi 10. Les termes confrontés sont quatre : le constitut et le paiement de la loi 8, le constitut et le paiement de la loi 10. Ces termes forment une double équation, car *loco ejus cui jam solutum*

(1) *Archivio Giuridico*, XVII, p. 401 s., et XVIII, p. 13 s.
(2) *Obbligazioni in solido*, pp. 222 à 231.
(3) *Archiv. f. civil. Praxis*, t. LXV, p. 240 s.
(4) *Op. cit.*, 229-230.
(5) SERAFINI estimait que ces hypothèses sont successives et dès lors appliquait, à tort, l'*idem est* à l'une et à l'autre.

est, haberi debet is cui constituitur. Donc le constitut de la loi 8 enlevant efficacité au paiement est égal au paiement de la loi 10 enlevant efficacité au constitut et inversement, le paiement rendu inefficace par le constitut de la loi 8 est égal au constitut de la loi 10, rendu inefficace par le paiement. De même qu'après le paiement de la loi 8 *nihilominus mihi teneberis*, de même *nihilominus teneberis* après le constitut de la loi 10. Et de même que si, après le constitut de la loi 8, il est payé à Titius, le débiteur a contre celui-ci la *condictio indebiti*, de même aussi, après le paiement de la loi 10, le débiteur, qui paie en vertu de l'*actio constitutoria*, a contre le constituant la *condictio indebiti*.

Ce raisonnement de Landucci est arbitraire et sa solution est inique.

Il est arbitraire de voir dans ce qui suit le *quia*, une comparaison entre les deux hypothèses de constitut ; ce membre de phrase se relie tout naturellement au membre qui précède. Paul dit simplement : il en est de même pour deux co-stipulants, si après un constitut avec l'un, il est ensuite payé à l'autre, parce que celui qui conclut le constitut prend la place de celui qui est déjà payé.

Dans le système de Landucci, le *idem est* n'est pas justifié, car la solution de la loi 10 est à l'opposé de celle de la loi 8.

De même le *nihilominus teneberis*, appliqué au débiteur vis-à-vis du co-créancier corréal, tombe à faux, car, dans la loi 10, Paul suppose le paiement déjà fait, d'où il résulte que le débiteur n'est plus tenu (1).

En outre, Landucci est obligé de supposer un second paiement, fait au créancier constituant, pour justifier la *condictio indebiti* de la loi 9. Paul n'y fait aucune allusion (2).

Enfin la solution de Landucci est inique. Le constitut, nous dit Ulpien (D., 13, 5, 1 pr.), a été protégé parce qu'il est

(1) Cf. Binder, *Korrealobl.*, 420-421.
(2) Binder, *ibid.*, 420.

grave de manquer à sa parole. Or la solution de PAUL aurait pour résultat de faire dépendre de l'arbitraire du débiteur-constituant, le maintien du pacte conclu ! Il lui suffirait de payer le co-créancier pour manquer impunément à sa promesse : *mihi soli soluturum.*

S'il est inique de déclarer, avec la doctrine dominante, que le créancier est déchu de son droit par un pacte, auquel il est resté étranger, il est plus inique encore de priver le créancier-constituant de son droit par l'arbitraire du débiteur.

La conclusion qui, pour nous, se dégage de ces discussions est que les principes juridiques et la saine logique exigent que, dans la loi 10, le constitut soit respecté et le paiement, fait au co-créancier, déclaré valable.

Ce qui a empêché, semble-t-il, les auteurs à s'arrêter à cette solution, c'est la loi 9 de PAPINIEN, conférant la *condictio indebiti.*

Mais cette loi oblige uniquement à faire une distinction entre la solution acceptée par les compilateurs et celle de PAUL : elle ne permet pas d'imputer une décision injustifiable au jurisconsulte classique.

Dans le cadre du Digeste, nous estimons que la solution de la doctrine dominante seule est possible. Le *idem est* de la loi 10 se rapporte et à la finale de la loi 8 et à la loi 9.

L'interprétation de la pensée de PAUL, au contraire, suppose que la loi 8 soit reliée directement à la loi 10.

A la vérité, la loi 9 est une conséquence nécessaire de la loi 8. L'*adjectus solutionis causa*, qu'est Titius, n'est pas créancier et son mandat de recevoir paiement est révoqué par le constitut intervenu. Dès lors le paiement qui lui est fait, est fait *perperam*, et donne lieu à la *condictio indebiti.*

Toute différente, sous ce rapport, est la situation du co-créancier corréal. Celui-ci a un droit propre et indépendant, qui ne peut être affecté par un pacte auquel il est resté étranger. Aussi PAUL ne fait-il aucune allusion à la *condictio indebiti.* Il ne déclare nul, ni le paiement fait au co-créancier, ni le

constitut, il se borne à proclamer que, après le paiement au co-créancier, le débiteur constituant reste néanmoins tenu. Sous ce rapport-ci, les deux hypothèses de constitut (lois 8-10) sont assimilables : dans l'une et l'autre le constituant prend la place de celui qui a été payé.

Le texte de PAUL ne nous met pas en présence de cette alternative : ou annuler le constitut (avec LANDUCCI), ou annuler le paiement fait au co-créancier (avec la doctrine dominante).

Le sort du constitut et du paiement sont indépendants.

Le paiement au co-créancier est valable parce que celui-ci n'a pas à subir les conséquences d'un pacte auquel il est resté étranger.

D'autre part, le constitut conclu dans les termes : *mihi soli soluturum* (qui est la seconde hypothèse prévue dans la loi 8, à laquelle se réfère évidemment PAUL dans la loi 10), produit une espèce de novation prétorienne.

Cette novation, sans effet pour le co-créancier, est parfaitement valable entre parties. Dès lors il importe peu au constituant que l'ancienne obligation ait été payée : *quia loco ejus cui jam solutum est, haberi debet is cui constituitur* (1).

JOS. WILLEMS.

---

(1) La mise en valeur du constitut n'exige pas que l'ancienne obligation persiste à ce moment. Cf. ULP. D., 13, 5, 18, 1.

INFLUSSI DI DIRITTO ROMANO SUR UNA LEGISLAZIONE SLAVO-SERBA

PAR

A. ZOCCO-ROSA

PROFESSEUR ORDINAIRE A L'UNIVERSITÉ DE CATANE

INFLUSSI DI DIRITTO ROMANO SUR UNA LEGISLAZIONE SLAVO-SERBA

> La jurisprudence romaine... avait encore cet immense avantage d'être faite non pour une ville ou pour une seule nation, mais pour une grande partie du genre humain.
>
> DENIS, *Histoire des théories et des idées morales dans l'antiquité*, II, p. 216.

Tra le moderne legislazioni civili, le quali risentono, più o meno, l'influsso del Diritto romano, vuolsi annoverar pure il Codice civile del Montenegro (1). Benchè inspirato al Diritto consuetudinario slavo-serbo, tuttavia questo Codice, redatto dal compianto BOGISIC (2), riproduce spesso principî di Diritto romano, di cui il redattore suo aveva larga conoscenza. Noi ne daremo esempî molteplici. Sotto il titolo « *De l'occupation des choses sans maître* » (3) il Codice Montenegrino (art. 74) dispone :

« Quiconque tue ou prend une bête sauvage ou féroce, telle qu'un ours, un loup, un sanglier, un lièvre, un oiseau sauvage,

---

(1) Sotto il titolo di « *Codice generale dei beni* ». Esso ha avuto due edizioni : la prima è del 25 Marzo 1888, la seconda del 14 Gennaio 1898. La prima edizione fu tradotta in francese da DARESTE e RIVIÈRE (Paris, 1892) per incarico del *Comité de législation étrangère*. Nella seconda edizione non furono molte le innovazioni.

(2) Vedi BOGISIC, *Quelques mots sur les principes et la méthode suivis dans la codification du Droit civil au Monténégro*. Paris, 1888. Cf. DICKEL, *Etude sur le nouveau Code civil du Monténégro et sur l'importance des principes suivis par l'auteur de ce Code en matière de codification* (Trad. BRISSAUD). Paris, 1891.

(3) È il titolo 3° del Capitolo II (*De l'acquisition de la propriété mobilière*) della Parte II (*De la propriété et des autres droits réels*).

etc., en devient propriétaire, à moins que la chasse n'en fût interdite.

» Est regardé comme animal sauvage celui qui après avoir été apprivoisé, s'est échappé et est redevenu sauvage ».

A sua volta l'art. 75 prescrive :

« De même que les animaux sauvages le poisson appartient à celui que l'a pêché, à moins que, dans cette époque et dans ce lieu, la pêche ne fût interdite ».

E l'art. 842 : (1)

En principe, celui qui le premier prend possession d'une chose sans maître avec l'intention de se l'approprier en devient, par le fait même de son occupation, légitime propriétaire. Il est clair, en conséquence, qu'il ne peut être question d'occupation pour les choses qui ont un maître ».

Orbene, tutti questi son principî di Diritto romano. Ricordiamoli :

Gaius *lib. II Rerum cott. sive aureorum* [D. XLI, 1, 3] :

« Quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur. Nec interest quod ad feras bestias et volucres, utrum in suo fundo quis capiat an in alieno. Plane qui in alienum fundum ingreditur venandi aucupandive gratia, potest a domino, si is providerit, iure prohiberi ne ingrederetur. Quidquid autem eorum ceperimus, eo usque nostrum esse intelligitur, donec nostra custodia coercetur : cum vero evaserit custodiam nostram et in naturalem libertatem se receperit, nostrum esse desinit et rursus occupantis fit » (2).

---

(1) Questo articolo appartiene alla Parte VI del Codice, divisa in otto capitoli, nei quali son compresi tutti gli articoli (767-1031) della parte finale. È questa una parte, che costituisce la nota caratteristica del Codice Montenegrino : essa comprende *spiegazioni, definizioni, disposizioni complementari,* come avviene in molte leggi inglesi ed americane.

(2) È notevole, che il Codice Montenegrino si occupa della caccia e della pesca in modo assoluto, senza rimettersi a leggi speciali, come fa la maggior parte dei Codici moderni. Così il *Codice civile spagnuolo,* dopo aver stabilito (art. 610), che « se adquieren por la ocupación los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la

V'ha di più. Il Codice Montenegrino s'inspira a' principî di Diritto romano anche per quel che riguarda il concetto giuridico del tesoro, che nell' art. 844 è così definito :

« Par le mot *trésor*, susceptible d'appropiation, la loi comprend : l'or, l'argent, les pierres précieuses, les pièces de monnaie, tous objets de valeur, enfouis, emmurés, dissimulés à demeure ou mis de toute autre façon (par exemple, par quelque révolution extraordinaire de la nature) dans un endroit tellement caché que, de mémoire d'homme, ils n'ont plus été au pouvoir de leur propriétaire ».

In sostanza il Codice Montenegrino, al pari di altri Codici moderni (1), s'inspira alla classica definizione, formolata dal giureconsulto Paulus e tramandataci dai Digesti :

Paulus *lib. XXX ad ed.* [D. XLI, 1, 31, § 1]. « *Thesaurus* est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominum non habeat. ..... ».

Ed anche per ciò, che ha tratto all' acquisto del *tesoro*, il Codice Montenegrino non s'inspira, forse, a' principî del Diritto romano? L'art. 79 dispone :

« Celui qui trouve un *trésor* (art. 844) et s'en empare en devient seul propriétaire s'il l'a trouvé sur son fonds (dans la terre, dans un mur etc.). S'il l'a trouvé sur le fonds d'autrui, honnêtement, sans fraude, le trésor est partagé en deux parties

---

caza y pesca »..., soggiunge (art. 611) : « *El derecho de caza y pesca se rigen por leyes especiales* ». Cf. *Cod. civ. francese* art. 715, *Cod. civ. italiano* art. 712, *Cod. civ. del Portogallo*, art. 384 ss., *Cod. civ. del Belgio* art. 715, *Cod. di Veracruz-Llave* art. 641, *Code di Baja California* art. 740, *Cod. del Messico* art. 835, *Cod. del Guatemala* art. 543.

(1) Vedi *Cod. civ. francese* art. 716, *Cod. civ. italiano* art. 714, *Cod. civ. del Belgio* art. 716, *Cod. del Guatemala* art. 562, *Cod. del Chili* art. 625, *Cod. dell' Uraguay* art. 682, *Cod. della Repubblica Argentina* art. 2551. Il *Codice civile spagnuolo* (art. 352) definisce il t e s o r o così : « Se entiende por t e s o r o, para los efectos de la ley, el depósito oculto é ignorado de dinero, alhajas ú otros objetos preciosos, cuya legitima pertinencia no conste ». Cfr. *Cod. del Messico* art. 865, *Cod. di Veracruz-Llave* art. 640, *Cod. della Baja California* art. 769.

égales : l'une appartient à l'inventeur et l'autre au propriétaire du fonds dans lequel il a été trouvé ».

E l'art. 80 :

« Celui qui trouve un *trésor* dans le fonds d'autrui, clandestinement ou malgré la défense expresse du propriétaire d'y chercher un trésor, ou qui dissimule ce qu'il découvre n'en acquerra aucune partie et devra abandonner le tout au propriétaire du fonds ».

Anche qui il Codice Montenegrino viene a rispecchiare, sostanzialmente, principî di Diritto romano al pari di altri moderni Codici (1).

Ricordiamo quel ch'è detto nelle Istituzioni di GIUSTINIANO, II. 1, § 39 :

« Thesauros, quos quis in suo loco invenerit, divus Hadrianus, naturalem aequitatem secutus, ei concessit, qui invenerit, idemque statuit si quis in sacro aut in religioso loco fortuito casu invenerit. At si quis in alieno loco, non data ad hoc opera, sed fortuitu invenerit, dimidium domino soli concessit. Et convenienter, si quis in Caesaris loco invenerit, dimidium inventoris, dimidium Caesaris esse statuit. Cui conveniens est, ut, si quis in publico loco vel fiscali invenerit, dimidium ipsius esse, dimidium fisci vel civitatis (2) ».

Il Codice Montenegrino ha, però, una speciale disposizione intorno all' accertamento del tesoro. L'art. 81 dispone :

« Pour connaître si la chose trouvée est réellement un *trésor* (art. 844), l'inventeur doit faire immédiatement constater par témoins toute trouvaille faite par lui dans un lieu caché

---

(1) Cfr. *Cod. civ. spagnuilo* art. 351 : « El t e s o r o oculto pertenece al dueño del terreno en que se hallase. Sin embargo, cuando fuere hecho el descubrimiento en propriedad agena ó del Estado, y por casualidad, la mitad se aplicará al descubridor »... V. *Cod. civ. francese* art. 716, *Cod. civ. italiano* art. 714, *Cod. civ. del Belgio* art. 716, *Cod. del Vaud* art. 306, *Cod. dell' Uruguay* art. 683, *Cod. del Chili* art. 626, *Cod. di Baja California* art. 759, *Cod. di Campeche* art. 854 e. s., *Cod. della Rep. Argentina* art. 2550.

(2) Cfr. *Iust. Cod.*, X, 15 (*De thesauris*).

et ensuite, dans un délai de trois jours au plus, déclarer sa découverte à l'autorité la plus rapprochée. Cette autorité fera sans retard une enquête sérieuse sur l'affaire et en fera connaître le résultat ».

Si tratta realmente d'un *tesoro?* Ed allora si applicano le disposizioni dei citati articoli 79-80. Non si tratta punto d'un *tesoro?* Ed allora si applicano le norme relative alle cose perdute [art. 82-90].

* * *

Se ora diamo uno sguardo alle norme, che riguardano la *gestione* di affari [art. 587-594], l'influsso del Diritto romano è ancor più visibile.

L'art. 587 dispone :

«En général, nul ne doit s'immiscer, de son chef, dans les affaires d'autrui. Toutefois celui qui le fait est tenu de conduire avec diligence et jusqu'à complet achèvement l'affaire qu'il a entreprise, comme le ferait vraisemblablement le maître lui-même ; faute de quoi il répondra du dommage qui en résulterait ».

Il principio : « *En général, nul ne doit s'immiscer, de son chef, dans les affaires d'autrui* » ci richiama a quel ch'è detto in D. L, 17, 36 (Pomponius *lib. XXVII ad Sabinum*) : « *Culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti* ». Ed il resto? Anch' esso ci richiama a norme, le quali dal Diritto romano derivano. Ricordiamo, anzitutto, D. III, 5 *(De negotiis gestis)*, 2 : Gaius *libro tertio ad edictum provinciale*. « Si quis absentis negotia gesserit, licet ignorantis, tamen quidquid utiliter in rem eius impenderit vel etiam ipse se in rem absentis alicui obligaverit, habet eo nomine actionem : itaque eo casu ultro citroque nascitur actio, quae appellatur negotiorum gestorum. Et sane sicut a quum est ipsum actus sui rationem reddere et eo nomine condemnari, quidquid vel non ut oportuit gessit vel ex his negotiis retinet, ita ex diverso iustum est, si utiliter

gessit, praestari ei quidquid eo nomine vel abest ei vel afuturum est. »

Ricordiamo, poi, quel ch' è detto in *Inst.* III, 28 § 1 :

« .... sicut autem is, qui utiliter gesserit negotia, habet obligatum dominum negotiorum, ita et contra iste quoque tenetur, ut administrationis rationem reddat. Quo casu ad exactissiman quisque diligentiam compellitur reddere rationem ; nec sufficit talem diligentiam adhibere qualem suis rebus adhibere solet, si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia ».

E passiamo agli articoli 588, 590. L'art. 588 è così concepito :

« Quiconque, au moment d'un danger, prend en main, de son chef, l'affaire d'autrui en vue d'écarter ou d'atténuer un malheur qui menace une chose appartenant à celui-ci, répond seulement du dommage résultant de son dol ou de sa faute lourde. S'il n'y a pas eu de danger, il répond des conséquences de sa faute même légère ».

Ricordiamo quel ch' è detto in D. III, 5, 3, § 9 [Ulpianus *lib. X ad ed.*] : « Interdum in negotiorum gestorum actione Labeo scribit dolum solummodo versari : nam si affectione coactus, ne bona mea distrahantur, negotiis te meis optuleris, aequissimum esse dolum dumtaxat te praestare, quae sententia habet aequitatem. Hac actione tenetur non solum is, qui sponte et nulla necessitate cogente immiscuit se negotiis alienis et ea gessit, verum et is, qui aliqua necessitate urguente vel necessitatis suspicione gessit ».

Aggiungiamo quanto è detto in D. h. t., 10 [Pomponius *lib. XXI ad Quintum Mucium*] : « Si negotia absentis et ignorantis geras, et culpam et dolum praestare debes. Sed Proculus interdum etiam casum praestare debere, veluti si novum negotium, quod non sit solitus absens facere, tu nomine eius geras : veluti venales novicios coemendo vel aliquam negotiationem ineundo. Nam si quid damnum ex ea re secutum fuerit, te sequetur, lucrum vero absentem : quodsi in quibus-

dam lucrum factum fuerit, in quibusdam damnum, absens pensare lucrum cum damno debet » (1).

L'art. 590 suona così:

« Quiconque s'est chargé sans mandat d'une affaire qui se trouvait en danger, ou l'a gérée, en toute autre circonstance, en vue de l'avantage du maître, a droit à être indemnisé de toutes ses dépenses nécessaires et utiles et à être déchargé des obligations qu'il a contractées à l'occasion de cette affaire, quand même il n'y aurait pas réussi comme il l'espérait, sans d'ailleurs qu'il y ait eu faute de sa part ».

Questa disposizione ci richiama a quel ch' è detto in D. III, 5, 9 [Ulpianus *lib. X ed.*]: « Sed an ultro mihi tribuitur actio sumptuum, quos feci? Et puto competere, [nisi specialiter id actum est, ut neuter adversus alterum habeat actionem]. Is autem qui negotiorum gestorum agit non solum si effectum habuit negotium, quod gessit, actione ista utatur, sed sufficit si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium ».

Gli esempî si potrebber moltiplicare; ma noi ci contentiamo di recarne soltanto un altro ancora. Per ciò che riguarda il pagamento dell' indebito il Codice Montenegrino nell' art. 595 dispone:

« *Quiconque paye ou remet quelque chose à quelqu'un croyant y être obligé, sans l'être réellement, peut demander la restitution de ce qu'il a ainsi remis ou payé par erreur* » (2).

Ebbene, che cosa fa questa disposizione se non richiamarci a quanto è detto in D. VII, 6, 7 ed in D. XII, 6, pr. § 1? Vediamolo pure:

D. VII, 6, 7 [Pomponius *lib. IX ad Sabinum*]: « Quod indebitum per errorem solvitur, aut ipsum aut tantundem repetitur ».

---

(1) L'art. 1148 del *Cod. civ. italiano* dispone, de « l'autorità giudiziaria può tuttavia moderare la valutazione dei danni, che fossero derivati dalla colpa o negligenza dell' amministratore, secondo le circostanze, che lo hanno indotto ad assumere l'affare ». Cfr. *Cod. civ. francese* art. 1374, *Cod. civ. spagnuolo* art. 1889: « Los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la importancia de la indemnización segun las circunstancias del caso ».

(2) Cfr. Art. 945.

D. XII, 6, pr. § 1 [Ulpianus *lib. XXVI ad ed.*]: « Nunc videndum de indebito soluto. Et quidem, si quis indebitum ignorans solvit, per hanc actionem condicere potest » — — —

È chiaro: il Codice Montenegrino, al pari di altri moderni Codici, (1) per quel che concerne il pagamento dell' indebito s'inspira a' principî del Diritto romano.

* * *

Passiamo, infine, alla parte più caratteristica del Codice Montenegrino, al capitolo VIII della parte sesta ed ultima [art. 987-1031], che s'intitola: « *De quelques maximes juridiques qui, sans pouvoir modifier ni changer la loi, peuvent en éclairer l'esprit et le sens* ». — Che cosa contiene? È presto detto: massime giuridiche, le quali quasi tutte provengono da' titoli dei Digesti « *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine* » e « *De diversis regulis Iuris antiqui* ». Ecco tutta una serie di esempî:

Codice Montenegrino.	Diritto Romano.
Art. **991**. Aux cas rares la règle fait souvent défaut.	..... ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile quam perraro eveniunt (2).
Art. **993**. Qui connaît seulement les mots de la loi ne connaît pas encore la loi ; il en faut encore saisir l'esprit et le sens.	Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem (3).

(1) Cfr. *Codici civili di Francia* (art. 1376), d'*Italia* (art. 1145), *di Spagna* (art. 1895), *del Portogallo* (art. 758), *del Belgio* (art. 1376), *dell' Olanda* (art. 1396), *del Chili* (art. 2295), *del Guatemale* (art. 2258), *della Baia California* (art. 1545-6), *della Republica Argentina* (art. 784), *del Messico* (art. 1569-60), *dell' Uruguay* (art. 1273), di Veracruz-Llave (art. 1643). L'art. 1895 del Codice civile spagnolo: « Cuando se recibe alguna cosa que no habia derecho á cobrar y que por error ha sido indebidamente entregada, surge la obligación de restituirla » ci ricorda quel ch'è detto in *Inst.* III, 14, § 1: *Is quoque, qui non debitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, re obligatur...*

(2) Celsus, *lib. XVII Digestorum.* D. I, 3, 5.

(3) Celsus, *lib. XXVI Digestorum.* D. I, 3, 17.

ART. **994**. Ce que tout le monde comprend de la même manière n'a pas besoin d'interprète.

Minime sunt mutanda,quae interpretationem certam semper habuerunt (1).

ART. **995**. Quand une disposition s'écarte de la règle générale, elle doit être interprêtée dans le sens le plus étroit.

Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias (2).

ART. **999**. Une chose peut n'être pas défendue et pourtant n'être pas honnête.

Non omne, quod licet honestum est (3).

ART. **1001**. Qui tire profit d'une chose doit en supporter les charges.

Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda (4).

ART. **1006**. Ce qui est né tortu ne se redresse jamais ; ce qui est illégal dans son origine ne peut devenir légal par le seul effet du temps.

Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere (5).

ART. **1007**. Le plus comprend le moins ; quand le plus est permis, le moins ne peut être prohibé.

In eo, quod plus sit, semper inest et minus (6).

Non debet, cui plus licet, quod minus est non licere (7).

ART. **1009**. On ne peut donner que ce qu'on a, d'où la règle : on ne peut céder à un tiers plus de droits qu'en a soi-même.

Nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet (8).

---

(1) PAULUS, *lib. IV ad Plautium*. D. I, 3, 23.
(2) PAULUS, *lib. LIV ad ed.* D. I, 3, 14.
(3) PAULUS, *lib. LXII ad ed.* D. L, 17, 144.
(4) PAULUS, *lib. III ad Sabinum*. D. L, 17, 10.
(5) PAULUS, *lib. VIII ad Sabinum*. D. L, 17, 29.
(6) ULPIANUS, *lib. VI ad ed.* D. L, 17, 110.
(7) ULPIANUS, *lib. XXVII ad Sabinum*. D. L, 17, 21.
(8) ULPIANUS, *lib. XLVI ad ed.* D. L, 17, 54.

ART. **1021**. Consentir taciment, c'est encore consentir.	Qui tacet non utique fatetur ; sed tamen verum est, eum non negare (1).
ART. **1024**. Ce que deux ont fait, les mêmes deux peuvent le défaire.	Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est (2).
ART. **1028**. C'est le comble de l'injustice quand celui qui a fait le mal en tire encore profit.	Nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest (3).
ART. **1029**. Qui reçoit ce qui ne lui appartient pas, doit le restituer.	... per errorem dati repetitio est (4).

Il CORNIL (5) osservava, che « les rédacteurs des Codes modernes ont puisé le droit romain non pas tant dans la compilation de JUSTINIEN directement que dans l'interprétation moderne du droit de JUSTINIEN ». Intanto il valente giurista, che redasse il Codice Montenegrino (6) pare abbia avuto sotto occhio i due titoli dei Digesti, dai quali ha tratto, spesso alla lettera, tutta una serie di massime giuridiche. E quando pensiamo, che queste massime furono (tanti secoli or sono) formolate da giureconsulti romani, ben comprendiamo perchè il PORTALIS non esitava punto ad affermare, che, nel campo

---

(1) PAULUS, *lib. LVI ad ed.* D. L, 17, 142.

(2) ULPIANUS, *lib. XLVIII ad Sab.* D. L, 17, 35.

(3) ULPIANUS, *lib. XXI ad ed.* D. L, 17, 134, § 1.

(4) PAULUS, *lib. XLII ad ed.* D. L, 17, 53.

(5) CORNIL, *Les Codes modernes et le Droit romain*, Bruxelles, 1922 (*Extr. de la « Revue de Droit intern. et de Législ. comp. »*), p. 24.

(6) Il CORNIL (O. c., p. 5) non esita ad annoverare il Codice Montenegrino tra i « codes civils d'une *originalité remarquable* » al pari del Codice federale svizzero delle obbligazioni e del Codice civile del Giappone del 28 Aprile, 1896. Vedi *Code civil de l'Empire du Japon. Trad. par* I. MOTONO. Paris, 1898.

giuridico, i grandi giureconsulti di Roma sono ancora « *maîtres du genre humain* ».

Uno scrittore spagnuolo, EDUARDO DE HINOJOSA, affermava, alla sua volta, che « el Derecho romano no ha muerto, sino que vive latente en el fondo de nuestros Códigos informàndolos con su espiritu » (1). Ma non si deve punto esagerare. I moderni Codici civili han preso dal Diritto romano, qual ci fu dal *Corpus Iuris* tramandato, quel tanto, che alla moderna società si adattava ; ma il mondo moderno ha proceduto e procede *attraverso il Diritto romano, di là dal Diritto romano.* Non appar ciò lampante, per esempio, dai Codici civili della Germania, della Spagna, della Svizzera? Non appare ancor più dai due giovani Codici civili del Brasile e del Venezuela? (2) E l'Italia, la patria del Diritto romano, non procede oggi alla riforma dei suoi Codici inspirandosi a nuove concezioni, a nuovi principî, rispondenti a' tempi nuovi, pur non rinnegando quanto nel Diritto romano vi ha d'imperituro?

E potrebbe essere altrimenti data la natura evoluzionista del Diritto positivo, che risento l'influsso de' tempi e delle condizioni dell' ambiente sociale? (3) Starà pur sempre in alto il Diritto romano, quasi a mo' di un grande faro ; ma il mondo

---

(1) DE HINOJOSA, *Historia del Derecho romano ségun las mas recientes investigaciones*, I, p. 8.

(2) V. DUSI, Il *Cod. civ. del Brasile* (*Archivio Giuridico* « Filippo Serafini », LXXXV, 1921, p. 157-200). Non parliamo, per ora, dei Codici della Russia sovietica. V. LAMBERT et PATOUILLET, *Les Codes de la Russie soviétique*, I. *Code de la famille* (*traduit par* JULES PATOUILLET), II. *Code civil* (*traduit par* JULES PATOUILLET et RAOUL DUFOUR) *avec préface et introduction par* ED. LAMBERT et J. PATOUILLET, Paris, 1925. Cfr. la recensione del CORNIL, nella *Revue de l'Université de Bruxelles*, 3, p. 480-484.

(3) V. TARDE, *Les transformations du Droit*, Paris, 1893. TANON, *L'évolution du Droit et la conscience sociale*, Paris, 1901. *Les transformations du Droit dans les principaux pays depuis cinquante ans* (1869-1911), *Livre du cinquantenaire de la Société de Législation comparée*, Tome I, Paris, 1911. MICELI, *Il Diritto e la realtà*, Roma, 1913 (*Rivista Italiana di Sociologia*, XXII, p. 27-47). BUNGE, *L'evolución del Derecho y de la Politica* (*Revista de Filosofia, Cultura, Ciencias y Educación*, Gen. 1918).

continuerà a navigare verso nuovi lidi, sospinto da nuove idealità giuridiche, da nuove condizioni economiche, da nuove aspirazioni sociali (1). E se GIUSTINIANO potesse, per po', risorgere dal suo secolare avello, non se ne meraviglierebbe affatto, perchè egli non ignoró punto (2), che « *humani... iuris condicio semper in infinitum decurrit et nihil est in ea, quod stare perpetuo possit* » !

A. ZOCCO-ROSA,

(1) Cfr. quanto abbiamo scritto nel nostro studio : *Il Diritto romano di fronte alle odierne idealità giuridico-sociali*, 2a ediz. Catania, Istituto di Storia del Diritto romano, 1912.

(2) CONST. *Tanta circa*, § 18.

WILLIAM OF DROGHEDA

PAR

F. DE ZULUETA

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ D'OXFORD

WILLIAM OF DROGHEDA

The name of William of Drogheda is best known from one of the chapters in Maitland's *Canon Law in the Church of England* (1). Maitland had studied Drogheda's *Summa Aurea* in the two MSS. belonging to Caius College, Cambridge, and his chief conclusions may be briefly recalled. In the first half of the thirteenth century jurisdiction of first instance was regularly exercised in England by the pope, acting in his capacity of universal ordinary, through local delegates appointed by him *ad hoc* on the petition of the plaintiff. As Maitland says (2) : « Drogheda knows well enough that England is full of judges ordinary, but he assumes and steadily maintains the assumption that all big and remunerative litigation, all litigation in which Oxford doctors are likely to have a professional interest, will be litigation which is brought in the first instance to a court constituted for the occasion by papal *breve* » (3).

On the other hand, Drogheda supplied a confirmation, from the ecclesiastical side, of the limitation of ecclesiastical jurisdiction by royal writs of prohibition. In this matter, as in that of the pope's ordinary jurisdiction, there is practically no difference between Drogheda and his contemporary Bracton (4).

These results formed part of the argument by which Mait-

(1) *English Hist. Rev.*, 12, 625. Republished with other chapters in book form, omitting the extracts from Drogheda. My references are to the E. H. R.

(2) P. 633.

(3) The remark had already been made by Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozess des gemeinen Rechts*, 6, 1, 125.

(4) Bracton, f. 402 sq., f. 412,

LAND destroyed STUBBS' contention that the Roman canon law, though of great authority, was not held binding on the ecclesiastical courts in England (1). MAITLAND's thesis has now become a commonplace, and the only difficulty is to understand how it can ever have been doubted (2). It is not, therefore, my purpose to insist on it ; but I wish to draw attention to the complete edition of DROGHEDA's *Summa* which was published in 1914 by Professor WAHRMUND of Prague (3). The date of publication was certainly unfortunate, but time is passing, and I can find no English and only two foreign notices of the new edition (4).

As far as can be judged without independent study of the MSS., it is a very scholarly piece of work, and clearly a very laborious one. The text occupies 421 large pages, and the citations of authorities, all of which the editor has identified for us, must number many hundreds. All the known MSS. (5) have been laid under contribution. The only ones in England are the two at CAIUS College, of which one is defective at the end, but both of which contain, before the author's preface common to all the MSS. *(Cum omne artificium)*, another preface *(Cum in singulis diebus)* which is found nowhere else. In the sixteenth century JOHN BALE (6) noted the existence

(1) *Report of the Ecclesiastical Courts Commission* (1883), 1, XVIII.

(2) DAVIS, *Zeitschr. der Savigny Stiftung* (*Kan. Abt.*) 3, 344. 351. HOLDSWORTH, *History of English Law*, 1, 582. 591. n. 1.

(3) *Quellen zur Gesch. des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter. Band 2, Heft 2*, Innsbruck, 1914, XXXVI + 432 pp.

(4) *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, 97, 657. *Leipzig. Lit. Zentralblatt*, 11 Sept. 1916. Dr. WAHRMUND kindly put the numbers at my disposal.

(5) The five mentioned by MAITLAND, p. 631, as well as a fragmentary sixth in the Vatican library (*Cod. MS. Vat. lat.* 2590, ff. 78*b*-84*b*), containing titt. 158-347, i. e. practically the whole section *de libellis* : apparently the oldest MS. WAHRMUND has not noticed that the modern Tours catalogue (COLLON, 1900, p. 490) ascribes its MS. to the beginning of the fourteenth century, not to the thirteenth.

(6) Bale's Index of British and other writers, *ed.* POOLE and BATESON, *Anecd. Oxon.*, 1902, p. 123. I owe this reference to Dr. H. H. E. Craster.

of two MSS. at Oxford, but these have disappeared, neither being mentioned in BERNARD's catalogue of 1697. Both began with the commoner second preface, as did the copy used by JOHANNES ANDREAE (1).

So now we are in possession of a reliable edition of DROGHEDA's treatise, of which MAITLAND had said (2) : « what we have of it is perhaps too fragmentary and too technical to deserve an edition in the England of to-day ». Whether this judgement was right or wrong, it must be emphasized from the outset that the most important result of the edition is that we can see for ourselves how thorough was MAITLAND's study of the Cambridge MSS. His deductions are still the chief deductions that English legal history can draw from DROGHEDA. The solidity of his work is confirmed, if it needed confirmation. The new edition, however, enables us to envisage the treatise as a whole, and to glean where MAITLAND has reaped.

DROGHEDA's *Summa* is indeed a highly technical work, dealing with ecclesiastical procedure. Its immediate literary background is formed by AZO's *Summae* and the treatise *De Libellis* (3) of ROFFREDUS OF BENEVENTUM, both of whom DROGHEDA has the somewhat unusual honesty to name. WAHRMUND is the first to identify with Roffredus the Remfridus or Rowaldus of the text (pp. 238-9). We need not trouble here to expose the unacknowledged dependence of

(1) « Guilielmus de Droreda Anglicus, qui legens Oxoniae satis commendabilem et copiosum libellum composuit de judiciorum ordine, quem in sex partes divisit, et inchoavit ab impetrando, incipit autem : *cum omne artificium* : In eo autem satis nostris juribus utitur ». SAVIGNY, *Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter*, 3, 637.

(2) P. 632.

(3) BETHMANN-HOLLWEG, 6, 1, 35 *sq.* The numerous sixteenth century editions of Roffredus (SAVIGNY, *Gesch.*, 5, 209) contain, besides the work mentioned, an unfinished canonistic or second part, which came too late for use by DROGHEDA. I have used a copy of the edition of 1500, belonging to New College, Oxford.

Roffredus on Bernardus Dorna (1). Roffredus' treatise, which appeared in 1237, is not a systematic *ordo iudiciarius*, but a book of practice whose principal aim is to provide precedents of *libelli*, as regards the necessity of which it adopts in principle the position of Johannes Bassianus (2), though it admits derogation by local custom. Besides the *libelli* it gives a certain amount of introductory and a great deal of explanatory matter. The explanatory matter pays considerable attention to the *positiones* (3) of the parties, and in the form of *quaestiones* enters at length into points of substantive law arising out of the *libelli*.

Drogheda must also have known Tancred's classical *Ordo Iudiciarius* (4); he seems in fact to be using it in some passages. But, unfortunately for himself, he did not copy its systematic arrangement. Being primarily a legist, he was mainly influenced by the civilians.

It may seem strange that we cannot name beside these amongst Drogheda's authorities the earlier Oxford civilian Vacarius, whose comprehensive *Liber Pauperum* was still being copied and glossed in Drogheda's lifetime, certainly in England, though not necessarily at Oxford. But I have looked in vain for any literary connexion between the two Oxford professors, nor is this really surprising. Half a century at least separates them, and Vacarius' book was designed principally for students too poor to buy a complete *Corpus Iuris*.

As a civilian and as a canonist Drogheda shows himself well posted in the latest developments. He was writing probably in 1239, so that Roffredus' treatise must have come

(1) *Ed.* Wahrmund, *Quellen* etc. *Band* 1, *Heft* 1.

(2) *Summa Quicunque vult* (Savigny, *Gesch.*, 4, 549). Cf. Gaudenzi, *Scripta Anecd. Glossatorum*, 2 (1892), 223.

(3) Bethmann-Hollweg, 6, 1, 45.

(4) *Ed.* Bergmann, 1842.

to him hot from the *scriptorium* ; the Gregorian code of 1234 is his sole authority for the decretals ; he notes up the constitutions of the papal legate Otho, made in the council of London in 1237. Legist though he was, it is the canonistic element in his *Summa* that has the better claim to originality ; at any rate his guides have not been discovered. At the end of the twelfth century there are signs that the study of canon law was attracting special attention in England (1), so that he may conceivably have drawn on a native English tradition.

His formal programme, given at the end of the second preface (pp. 6-7), divides the treatise into six books. This agrees with the statement of Johannes Andreae (2), that Drogheda wrote a sufficiently commendable book on procedure divided into six parts, but the MSS. tell a different story. The four longest break off, without signs of mutilation and at the same point, before reaching the end of the first book of the plan. Either Johannes was using a fuller copy, or, as is more probable, he had been content to rely on the preface. Was the author prevented by his sudden death from completing a work which on its present scale would have become colossal, or did he, busy man as he was, abandon it unfinished in his lifetime? The latter seems the more likely for two reasons : in the formal programme above referred to, the only book of which detailed subheads are given is the first, and in the first preface of the Cambridge MSS., which I take to be an afterthought, the following account is given of the contents : *Sciendum est quod materia huius libri sunt casus de facto qui in Anglia incidunt et quolibet die accidunt. Item ars interpretandi et conficiendi impetrationes, citationes, acta et omnia instrumenta ad causas pertinentia, cautelae et similia, distinctiones, altercationes et contumaciae.* A tumultuous

(1) Caillemer, *Le droit civil dans les provinces anglo-normandes au XII^e siècle*. Schulte, *Gesch. der Quellen*, etc., I. 82 *sq.*

(2) *Supra*, p. 3, n. 1.

catalogue, which gives a truer picture of the work as it stands than does the formal plan of the second preface.

DROGHEDA's actual procedure is to follow the progress of an action step by step, and, at any point where a question might confront the advocate in practice, to indulge freely in excursus. He delights in *cautelae* or practical hints, and abounds in *quaestiones*, which are discussed in the form *pro*, *contra* and *solutio*. He is impossible to summarise, but roughly the titles, which WAHRMUND has numbered 1-469, fall into five blocks.

(a) Titt. 1-163.

Up to tit. 18 we have a clear exposition, accompanied by excellent forms and precedents, of how an action is begun before judges delegate. Having impetrated your rescript at Rome through a procurator, you present it to the delegates ; you next move them to cite the defendant, and he is duly cited. But at this point the author loses all control of his subject (1). We seem to be embarking on the topic of appearance and contumacy, but a rising flood of *cautelae* and *quaestiones* submerges it : occasionally its head rises above water, but mostly it is drowned by excursus on forensic representatives of all kinds, with many shrewd hints on advocacy. At last we come unexpectedly on the rubric *de iudicibus* (tit. 152), where we are allowed to hear that there are judges ordinary as well as delegate. Thence we pass to arbitrators (titt. 153-8) and assessors (titt. 159-163).

The most noticeable point in this first block of titles is the fact already alluded to, that the jurisdiction of the judge ordinary receives practically no attention. DROGHEDA's want of system, which contrasts most unfavourably with TANCRED's admirable method, makes him at any rate an excellent witness of fact. A few smaller points may be mentioned.

In DROGHEDA's precedents the duty of citing the defendant,

(1) *Cf.* WAHRMUND, pp. XXVI *sq.*

who is an Oxford rector, is committed to the dean of Oxford, but the remark occurs (p. 17): *potest tamen fieri citatio per nuntios, huic tamen obviat legati constitutio.* The reference is to a constitution of the legate Otho (1). In certifying the fact of citation the dean ought to seal with his own seal or, if he has none, with someone else's, for instance that of *W. de Drokedis rectoris ecclesiae de Pethae* (p. 18). But, as an afterthought, another legatine constitution is noted, which requires the dean to have a proper seal of his own (2).

In tit. 46 (p. 47), on the qualification of advocates, we are reminded of the legatine constitution which ordains that advocates shall be *examinati et probati* (3). In tit. 138 (p. 168) we find that an interminable discussion as to the effect of appointing a *procurator ad diem* is all to no purpose, since a legatine constitution forbids any appointment of a *procurator ad diem* (4).

Sound advice is given to advocates as to their fees (titt. 54 *sqq.*). They may not expressly bargain for a part of the sum at stake, but tacitly they may bargain for an indeterminate part. The great thing is not to trust to promises: *illud dictum physici, dum dolet infirmus, accipiat* (p. 57).

Bad latinity creates a presumption of forgery against alleged papal letters, because of the number of revisions to which these are subjected (5).

(b) Titt. 164-348.

This block is a treatise *de libellis* in four parts, of which the first and last (titt. 164-172 and 348-358) deal with the *generalia*, and the second and third (titt. 173-281 and 282-347) supply precedents of *libelli* in civil and ecclesiastical cases respectively.

---

(1) WILKINS, *Concilia Magnae Britanniae*, I, 655, c. 26.

(2) WILKINS, *ibid.*, c. 28.

(3) WILKINS, *ibid.*, c. 29.

(4) WILKINS, *ibid.*, c. 25.

(5) MAITLAND, p. 655. Extract 10. Cf. DROGHEDA, pp. 323, 351. *Decretum*, c. 4 *Apostolicae*, C. 35, q. 9. X, 1, 3, 11.

In all except the third DROGHEDA leans heavily on ROFFREDUS.

In the general parts the necessity of a written *libellus* is assumed, not argued, though in tit. 348 (p. 276) we read that such is not required in a small suit, and that in regard to *libelli* the practice of the province must be attended to. The second statement, at least, is based on ROFFREDUS. In tit. 169 (p. 199) we learn that the *Auth. Libellum*, whereby a plaintiff on presenting his *libellus* must give security to proceed to litiscontestation within two months, is entirely foreign to English practice. But the desuetude of the Roman procedural securities was general, not specially English. Elsewhere (p. 202) the practice of *positiones* is also said to be contrary to English custom.

The parts containing precedents of *libelli* are more interesting. The civil *libelli* our author simply extracted from ROFFREDUS. He omits all commentary, he shortens and adapts a little, but adds next to nothing of his own. But long before he reaches the end of ROFFREDUS, he gets tired (1), and makes a transition to ecclesiastical *libelli*.

Up to this point, he says (2), the *libelli* have been taken, with some modifications, from ROFFREDUS, but with the exception of those relating to burials they are of no use in England, on account of the royal writs of prohibition, by which the ecclesiastical courts (which alone might have used such forms) find their jurisdiction barred. Of course such actions take place every day in the royal courts. The forms have been inserted in order to avoid the charge of ignorance. English practice (the reference is to the ecclesiastical courts, when they do manage to secure jurisdiction) is not quite that represented by ROFFREDUS : it does not require the mention

(1) The shorter Cambridge MS. diverges at this point, and continues with more civil *libelli* : MAITLAND, pp. 655 ff.

(2) Tit. 281. MAITLAND, p. 655, Extract 11.

in the *libellus* of the technical name of the action, but it does require greater particularity in the statement of facts.

In several places (1), including the present passage, DROGHEDA touches upon a *cautela* or device for evading the royal prohibition. If you wish to sue a layman in an ecclesiastical court on a cause that is neither matrimonial nor testamentary, you should avoid all mention of money in your *libellus*: ask only for *canonica iustitia*, demand merely that the defendant be reduced to penance. Thus, since he will get absolution only on terms of making restitution, you will secure your object indirectly. It is thus that a consequential jurisdiction may belong to the pope *in temporalibus*, as to the emperor *in spiritualibus* (p. 321).

Exactly how much jurisdiction was so obtained by the courts Christian is not known (2), but our author does not seem very hopeful. The general result agrees with GLANVILL and BRACTON (3), except in one particular. Twice the *cautela* is recommended if the action is against a layman, whereas it is clear from BRACTON (4) that a clerk also might move for a writ of prohibition. What are we to infer? Not, I think, that DROGHEDA is refusing to admit, what is the fact, that the Church's exclusive jurisdiction over cases against a clerk had been successfully invaded: whatever his demerits, he looks realities in the face, is not writing propaganda, but giving practical advice. Probably all that we need conclude is that the danger of a clerical defendant moving for a writ of prohibition could generally be neglected.

After this transition come the ecclesiastical *libelli*, which even WAHRMUND's learning has not traced to a predecessor.

(1) Pp. 65, 67, 200, 239, 259, 321. MAITLAND, p. 653, Extract. II.

(2) POLLOCK and MAITLAND, *History of English Law*, 1, 128 ff., 479. 2, 197 ff.

(3) GLANVILL, IV, 13, 14. XII, 21, 22. BRACTON, f. 402 *sq.* POLLOCK and MAITLAND, 2, 199, n. 5.

(4) F. 406*b*.

They must be considered original work and the best part of the *Summa*. Matrimonial and criminal causes were unfortunately reserved for books 5 and 6, but we have the formulation of *libelli* in a large number of other spiritual causes, including (titt. 304-321) testamentary. But even in this sphere the warning is repeated that against a layman it is prudent to ask for canonical justice rather than for money.

Perhaps the most generally interesting titles are 226-8, included amongst MAITLAND's extracts (1). The bishop of Lincoln having refused to admit a clerk presented by a lay patron, patron and clerk appeal to the apostolic See and, for the protection of the patronage *(ad eiusdem tuitionem)*, to the archbishop of Canterbury. Then, by *litterae tuitionis*, the archbishop appoints Master W. DE DROCHEDA, *regens in legibus Exoniae (sic)*, judge delegate in the case. The repeated references to the apostolic See suggest that the archbishop is appealed to and acts not as metropolitan, but as papal legate (2).

(c) Titt. 359-397.

We pass to the appointment of subdelegates by judges delegate. The sort of question discussed is this : the pope has appointed delegates in terms which *prima facie* suggest that they must act personally, a daily occurrence, we read (p. 300), in matrimonial suits. Can the delegates commit the cause to subdelegates? We answer that in such case subdelegation requires the consent of the parties, and (p. 315) that the motion for it must come from the plaintiff.

Another question (p. 305) is whether a delegate who is an abbot can seal the commission to a subdelegate with his own seal, or must use the common seal of his abbey. The only argument in favour of the latter view is the principle : *quod*

---

(1) PP., 656-7, Extract, 12.

(2) WAHRMUND, pp. XXIII-XXIV.

omnes tangit ab omnibus debet approbari: but this assumes that the abbey would be liable if the abbot were guilty of judicial delinquency. That this is is not the case DROGHEDA can testify, having frequently appealed to Rome on the point.

(d) Titt. 394-434.

The papal rescript, we were told at the beginning, is the head and fountain of the whole action, and it is a bad defect of system that we come to this subject only at this late stage. A difficult technical title (399, p. 322) on the various grounds of invalidity of rescripts is summed up in some dozen hexameter lines. One question is whether a papal rescript is valid which is *contra ius commune* (pp. 322, 342, 381). It is certainly invalid if in conflict with natural law or revelation, but what if it conflict merely with *ius pontificale*? Here too it is generally invalid, on the civil law presumption: *non est verisimile quod dominus imperator unico verbo velit omnia iura subvertere* (1). But the rescript, by a *non obstante* clause, may show that very intention. The effect of such a clause is considered in tit. 412 (p. 342), printed by MAITLAND (2), but corrupt.

(e) Titt. 435-469.

This final block of titles treats, with some divagations, of *exceptiones*. I have noticed places at which ROFFREDUS is still being used, but have not made a close comparison. The first class of exceptions takes the form of recusation of the judge, an important matter in a system that allowed the plaintiff to impetrate judges virtually of his own choosing. But DROGHEDA holds that recusation can be applied also to a judge ordinary — a disputed point: *dissentio inter doctores* (p. 374). This, however, is no personal opinion, as perhaps he would have us think, but is shared as regards canon law by TANCRED and ROFFREDUS (3). In civil law the better view was the contrary.

(1) C. 3, 28, 35 pr.

(2) P. 657, Extract 13. *Cf.* X, 1, 3, 28 *gl. ad vv. Decret[illegible]*.

(3) TANCRED, *ed.* BERGMANN, p. 147. ROFFREDUS, *ed.* 1500, f. 111.

In the course of this account it must have become obvious that the *Summa Aurea*, with all its learning, is not a great book. But is it in any sense an important book? To us it has a certain importance as a historical document, and, though MAITLAND has already laid bare its chief significance, the section on ecclesiastical *libelli*, in particular, may furnish some material for the legal historian. Doubtless, also, its inclusion by WAHRMUND in his series of texts warrants its value for the special history of canonistic procedure.

Was it in its own day an influential book? There are various kinds of influence. This is essentially a practitioner's book: it does not seek to promote doctrine, but to help to win cases. We have no evidence as to whether it was widely used in practice; the best testimony to its fame is the fact that JOHANNES ANDREAE mentions it favourably. It has its good features: the best is its collection of precedents, covering every step in an action up to a certain point. They are well drafted. The *cautelae* are often acute, the *quaestiones* often well argued, in spite of the grossly exaggerated citation of authorities, whose relevance is frequently remote. But the complete absence of any system makes it difficult to find a given topic quickly, and ease of reference is precisely what the practitioner must have.

WAHRMUND, if I understand his preface (1) aright, is inclined to attribute to DROGHEDA a greater importance, regarding him as the representative of the learned law of the universities as opposed to the *consuetudines Angliae*. Of course there is a grain of truth in this view. The *Summa* must have done something to consolidate the practice of the courts Christian, which, no doubt, DROGHEDA would have liked to extend. But the main lines of demarcation between them and the royal courts had already been firmly drawn, and of this

(1) Pp. XXXIII *sq.*

Drogheda is the best witness. His fundamental principles are the same as Bracton's ; and he takes facts as they are, without a word of protest.

But perhaps when Wahrmund speaks of Bracton as Drogheda's opponent he means only a literary opposition. He has, indeed, been misled by the old tale that Bracton, like Drogheda, studied and taught at Oxford (1). Still, it is probable enough that Archdeacon Bracton had read or looked at Drogheda's *Summa*, and Wahrmund's confrontation (2) of a passage from Bracton's *prooemium* with one from Drogheda's certainly reveals a coincidence of phrase and structure which is independent of the fact that both *prooemia* draw upon Azo. Drogheda writes : *sciendum est quod materia huius libri sunt casus de facto qui in Anglia incidunt et quolibet die accidunt* (3) ; and Bracton : *Et sciendum est quod materia est facta et casus qui quotidie emergunt et inveniunt in regno Angliae* (4). The editor does not carry the comparison beyond the *prooemia*, and I have not had time to do so ; but the possibility is suggested that Drogheda may occupy a minor place amongst Bracton's romanistic sources (5).

My excuse for concluding with some biographical details is that in certain points Wahrmund's preface requires revision by those to whom the local materials are more accessible. I should not, however, have been competent to undertake it without the generous assistance of Mr. H. E. Salter.

The authorship of the treatise is not doubtful. Apart from

---

(1) Rigg, *Dict. Nat. Biogr., Bracton.* Maitland, *Bracton's Notebook*, p. 17.

(2) P., XXXIV, n. 2.

(3) P., 2. *Cf.* p. 4 : *continens diversos emergentium quaestionum casus in Anglia et eorum decisiones.* Maitland, p. 647, Extract 1.

(4) F. 1*b*.

(5) Perhaps also Roffredus. On the subject generally : Maitland, *Bracton and Azo* (Selden Soc.). Woodbine and Vinogradoff, in *Yale Law Journal*, 1922 and 1923. Holdsworth, *History of English Law*, 2, 261 *sq.*

the possibly later inscription, we have an express statement in the second preface (p. 3), and DROGHEDA's name occurs in at least three precedents (pp. 18, 190, 253), in one of which he is described as *regens in legibus Exoniae*. The confusion of *Oxonia* and *Exonia* seems to be a common one in MSS., but here Oxford is the place, not Exeter (1). Even if tradition were not unanimous on the point, the local colour of the book would be decisive. As we turn its pages, we meet the dean of Oxford (pp. 16, 18, 21), the prior of St Frideswide (p. 383) and the abbot of Thame (p. 295), not to mention the mayor of Oxford (p. 65) and the *municipium Oxoniae* (p. 65). The stock litigants of the formulas are the rector and vicar of Haseley, Oxon., who can be identified as actual persons in the registers of the bishops of Lincoln (2). The appointed place for hearing suits is the church of St Mary (pp. 18-9). The *fundus Sempronianus* is in Cat Street (p. 204) (3).

The approximate date is as certain as the place. The author knows the code of Gregory IX, Otho's constitutions and ROFFREDUS' civilian work; on the other hand we have good evidence that he died in 1245. If greater exactitude is desired, the dating of the formulas points to 1239 (4).

The treatise itself supplies a few personal details. DROGHEDA is described in a formula (p. 18) as *rector ecclesiae de Pethae*, that is, accepting WAHRMUND's not unlikely guess, of Petham in Kent. He refers (p. 24) to a certain baron O. DE HENICURT

---

(1) The reverse is probably true in Bracton's case: *supra* p. 13, n. 1.

(2) *Rolls of Hugh of Wells* (Cant. and York Soc.) 1, 46; 2, 24. *Rolls of Bishop Grosteste* (Cant. and York Soc.), p. 482. I owe these references to Mr. SALTER.

(3) WAHRMUND, p. XVIII, n. 2, asks whether the *consistorium Petri seu sacratorium iudicum* (p. 49) is not another local allusion. Since Mr. SALTER does not recognise it, I take the expressions to mean merely the ecclesiastical courts in general, deriving jurisdiction from the office of St Peter.

(4) This dating is the most frequent, the earliest in any MS., and the only one in three. Other dates, after 1245, occur, and are presumably the dates of copying or of intermediate copying: MAITLAND, pp. 651-2.

or HEINANT as *dominus meus* — doubtless OLIVER DEINCOURT, who held a barony in Lincolnshire and elsewhere and who died in 1246 (1). Perhaps DROGHEDA had been OLIVER's advocate in the lawsuit which the same passage tells us took place between OLIVER and the bishop of Lincoln.

He was also *regens in legibus Oxoniae* (p. 253 ; cf. p. 4), that is a teacher in the lawschool, probably, like THOMAS OF MARLBOROUGH (2), *utriusque iuris*. He was deeply read in both, but the colour of his thought and argument and the opening words of the first preface (p. 1) show him to have been primarily a legist. He there informs us that day by day he has disputed and spoken *de iure quod pertinet ad res, ad personas, ad actiones* : the order is odd, but the reference to the civil law is patent.

The extraneous biographical sources consist of a passage of Matthew Paris recording his dying *lugubriter* in 1245, in the course of an important suit in which he was advocate (3), a papal indult, an entry in Bishop Grosteste's register, a private document relating to his house in High Street, and a presentment in the Assize Roll of the Oxford Eyre of 1247. The three last mentioned have not been noticed by any biographer of DROGHEDA, and I have to thank Mr. SALTER, their editor, for informing me of them.

The papal indult, (4) dated March 1245, authorises Master WILLIAM DE DROWEDA, rector of Strastun in the diocese of Lincoln, to hold an additional benefice. Bishop GROSTESTE's register (5) reveals that Strastun is not, as MAITLAND

(1) Identified by Mr. SALTER. See *Gibbs' Peerage*, 4, 118. *Bracton's Notebook*, N° 503.

(2) *Chronicle of the Abbey of Evesham*, p. 267.

(3) *Chron. mai.* 4, 423. I omit Leland, Bale, Albericus Gentilis, etc., quoted by WAHRMUND, p. XIII. Collon in the Tours catalogue (*supra* p. 2, n. 5) informs us that Bale confuses our W. of D. with a mathematician of the same name who flourished about 1360.

(4) BLISS, *Calendar of Papal Registers*, 1, 214.

(5) *Rolls of Bishop Grosteste*, p. 213.

conjectures, Stratton Audley in Oxfordshire, but Grafton Underwood in Northants, to the rectory of which DROGHEDA was instituted in the year beginning April 1242.

More important is a deed, dated January 8, 1241-2, given under the seal of WILLIAM OF DROGHEDA (1):

Omnibus Christi fidelibus has literas uisuris uel audituris Will(elmus) de Drokeda salutem in uero salutari. Nouerit uniuersitas uestra me dedisse et concessisse et hac presenti carta confirmasse deo et beate Marie et sancto Iohanni et priori et monachis ibidem (« de Syreburnia » has been omitted after « Marie ») deo seruientibus domum meam cum pertinenciis quam habeo aput Oxoniam, scilicet que sita est in parochia sancti Petri uersus portam orientalem Oxonie inter terram que fuit Walteri Hinge et terram que fuit Alwini le Tornoor ; habendam et tenendam libere et quiete, pacifice, in puram et perpetuam elemosinam sicut in carta inde confecta plenius continetur, de me et heredibus meis ; ita quod pro anima mea et animabus patris et matris et parentum et benefactorum meorum et omnium fidelium defunctorum celebretur una missa quolibet die anni in perpetuum in ecclesia nostra de Syreburnia coram altari sancti Jacobi in eadem ecclesia ubi pater et mater iacebunt post obitum eorum sepulti et ego una cum eis ; et prefato altari lego ad opus dicte misse domum meam ap(ut) Oxoniam secundum quod in carta continetur quam tradidi dictis priori et monachis, et omnes libros meos theologie quos habeo & habiturus sum, gradale, troperium, et portetorium, et calicem estimacionis duarum marcarum, et cetera uestimenta que contingunt sacerdotem ministrantem in albis, et altare etc.

The house in question, as the subsequent history of the title shows, is that still known as Drawda Hall, being No. 33 High Street, adjoining the lodgings of the Warden of All Souls College on the east. In spite of the wonderful variations of the

(1) *Cartulary of the Abbey of Eynsham* (Oxf. Hist. Soc., 1908), 2, 174-5.

scribes, the name DROGHEDA must surely be derived from the Irish town, but the deed suggests that WILLIAM's connexion with it may have been remote. In 1241, at any rate, he expected his parents to be buried at Monk Sherborne, Hants, in the priory church which he terms *nostra*.

The qualification *lugubriter* which MATTHEW PARIS applies to the manner of DROGHEDA's dying aroused in MAITLAND the suspicion of a tragedy. Mr. SALTER, in a footnote to the above quoted deed (1), completes the story. At the Oxford Eyre of 1247 (Assize Roll no. 700) there was a presentment to the effect that Master WILLIAM of DROGHEDA had been found killed in his house in High Street near St Mary's. The murderer appears to have been his own esquire ; the date of the crime the year beginning Michaelmas 1244.

F. DE ZULUETA.

Oxford, June 1925.

(1) *Op. cit.*, p. 174, n. 1, where Mr. SALTER informs me that *Line'* should read *Lim'*.

TABLE ALPHABÉTIQUE DES MATIÈRES.

Action de la Loi Plaetoria . . I, 215
— *de pastu* . . . . . I, 245
Actions *in rem* (Défendeurs aux) . . . . . I, 109
Aestimatum . . . . . I, 137
Affranchi (Ingrat) . . . . . I, 295
Affranchissements frauduleux . . . . . I, 425
Agnation externe (Origines) . II, 111
Animus (*fraudandi* etc...) . . I, 425
Arnobe, *Adv. nat.*, II, 6 . . . I, 129

Boni mores (Conventions contre les) . . . . . II, 13
Bonne foi (dans la Vente) . . II, 136
Brachylogus (L'auteur du) . . II, 151
Byzantin (Empire) (Fonctionnaires, universités) . . I, 15
Capitis deminutio maxima, media . . . . . I, 181
Cassius . . . . . I, 97
Cautionnement mutuel . . . I, 155
Code d'Hammourabi . . . . I, 119
— du Monténégro . . . . . II, 625
Cognitio extra ordinem (Influence) . . . . . II, 375
Confiscation . . . . . I, 181
Constitut et Corréalité . . . II, 613
Corréalité (et Constitut) . . II, 613

Digeste, 5, 3, 45 . . . . . I, 109
— 44, 7, 25, 1 . . . . . I, 81
Dot (indéterminée) . . . . . I, 1
Drogheda (William of) . . . II, 639
Droit local (dans les constitutions prédioclétiennes) . . II, 497

Droit romain :
— Enseignement . . . I, 41
— Evolution (Facteurs) II, 235
— Influence sur une législation slavo-serbe II, 625
— Magie . . . . . II, 455
— à Montpellier (1793). II, 513
— en Poitou (IX^e^-XI^e^ siècles). . . . . I, 397

Edit *quod quisque juris* . . . II, 65

Fidéicommis (*Arbitrium boni viri*) . . . . . II, 310
— (*Verba, Voluntas*). . . . II, 348
Fils de famille tuteur . . . . II, 221
Fonctionnaires (byzantins) . I, 15
Formule (et *Legis Actio*) . . I, 515
Fragmenta Vaticana § 283. . II, 209

Gaius, 4, 60 . . . . . II, 197

Intentio in factum . . . . . II, 197

Legis Actio (avec Formule) . I, 515
Législation d'Auguste . . . I, 97
Legs (*Verba, Voluntas*) . . . II, 348
Lex Julia municipalis . . . II, 383
Litis Contestatio (Effet extinctif) . . . . . II, 81
Locataire (de sa propre chose) . . . . . II, 37
Loi des XII Tables . . . . I, 119

Magie (Droit roumain, — romain) . . . . . II, 455

Membrum ruptum . . . . . I, 51
Montpellier (Droit romain à) . II, 513
Morale (et Droit romain) . . I, 68

Negotiorum gestio . . . . . I, 325

Obligation de manciper . . . II, 136
— naturelle (et *Capitis deminutio*) . . . . . I, 181
Obligations (Sources) . . . . I, 81

Plaute (Possessior dans) . . II, 1
Poitou (Droit romain en) . . I, 397
Pomponius . . . . . I, 129
Possession (dans Plaute) . . II, 1
Procuratelle . . . . . I, 325
Prodigues (Curatelle, Interdiction) . . . . . II, 539
— (Décret d'Interdiction) . I, 147

Rouage (Origines romaines) . I, 385

Solidarité . . . . . I, 155

Talion (dans la Procédure) . II, 65
Tipucitus . . . . . II, 175
Tuteur (Fils de famille) . . . II, 221

Universités (byzantines) . . I, 15

Verba (Fidéicommis, Legs) . II, 348
Volonté (Fidéicommis, Legs) II, 348
— (Problème de la) . . . . II, 425

TABLE DES MATIÈRES.

TOME I.

BIBLIOGRAPHIE DES TRAVAUX DE M. GEORGES CORNIL. . VII

LISTE DES COLLABORATEURS X

LISTE DES SOUSCRIPTEURS XII

ALBERTARIO E. — Promessa generica e legato generico di dote 1

ANDREADÈS A. — Le recrutement des fonctionnaires et les Universités dans l'Empire Byzantin 15

APPLETON Ch. — Notre enseignement du Droit Romain. Ses ennemis et ses défauts 41

ARANGIO-RUIZ V. — D. 44.7, 25 § 1 e la classificazione Gaiana delle fonti di obligazione 81

ARNÒ C. — Cassio e la nuova legislazione augustea e post-augustea 97

ASTOUL Ch. — Observations sur le fragment de Celse. Dig. 5, 3; De her. pet., 1, 45 109

BONFANTE P. — Il codice di Hammurabi e le XII Tavole. 119

BORTOLUCCI G. — Arnobio, Adversus Nationes, II 6, ed una ipotesi di Pietro Giordani 129

BUCKLAND W. W. — Aestimatum. 137

COLLINET P. — L'origine du décret d'interdiction des prodigues 147

CUQ Ed. — Le cautionnement mutuel 155

DESSERTEAUX F. — Capitis deminutio maxima et media. fidejussio. obligation naturelle. confiscation 181

DUQUESNE J. — L'action de la Loi Plaetoria 215

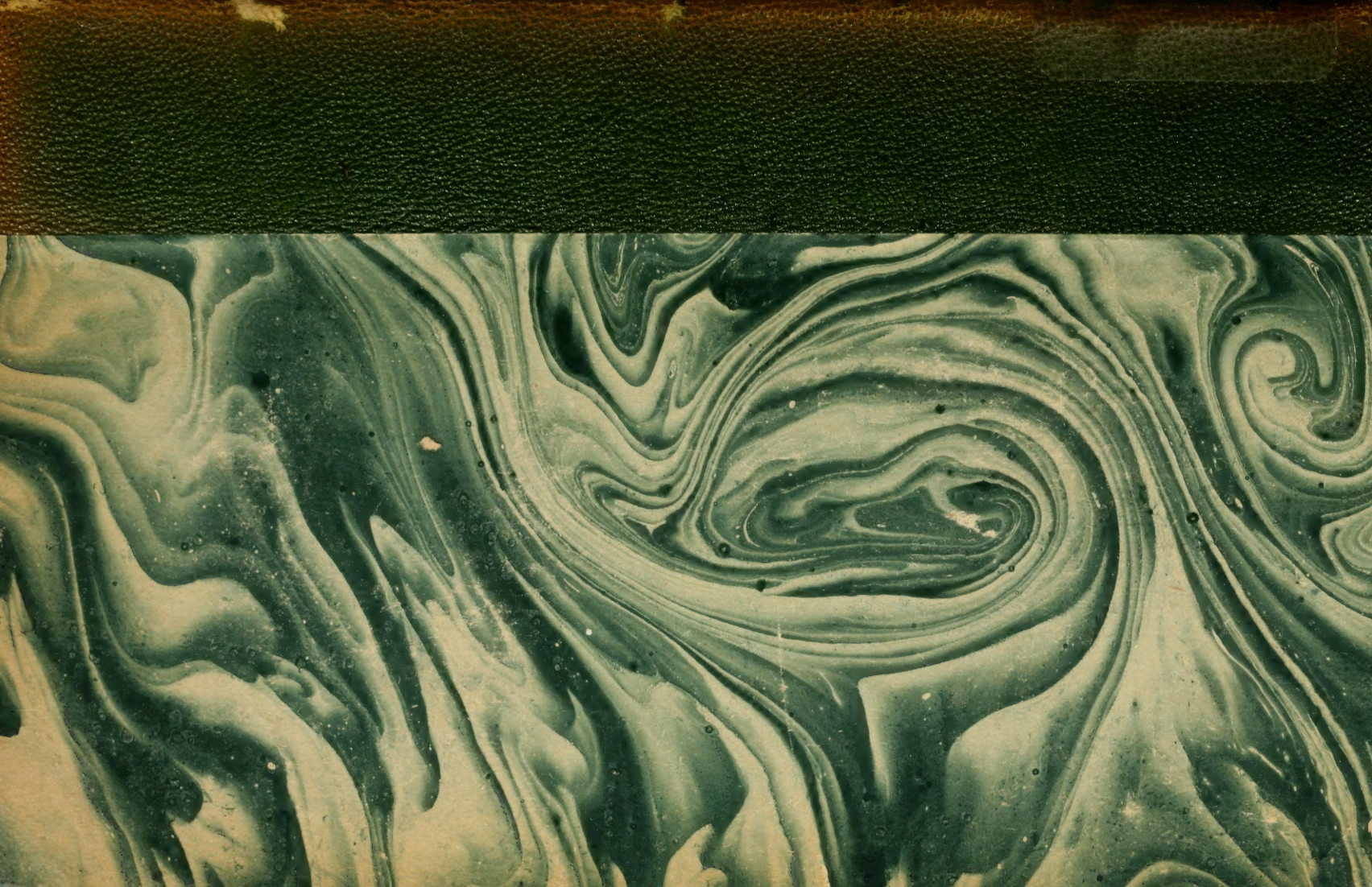
FLINIAUX A. — Une vieille action du Droit romain. L'action « de pastu » 245
DE FRANCISCI P. — La revocatio in servitutem del liberto ingrato 295
FRESE B. — Prokuratur und negotiorum gestio im römischen Recht 325
GANSHOF F.-L. — Les origines romaines du « rouage » . . 385
GARAUD M. — Le Droit romain dans les chartes poitevines du IX^e au XI^e siècle 396
GUARNERI CITATI A. — En matière d'affranchissement frauduleux 425
JOBBÉ-DUVAL E. — Le Legis Actio avec formules à l'époque de Cicéron 515

TOME II.

VAN KAN J. — La possession dans les comédies de Plaute 1
DE KOSCHEMBAHR-LYSKOWSKY J. — Conventiones contra bonos mores dans le Droit romain 13
† LEFÈVRE E. — De la situation juridique du propriétaire qui devient par erreur locataire de son propre fonds. 37
LÉVY-BRUHL H. — Une application originale du talion en matière de procédure civile 65
MEYLAN Ph. — Origine de l'effet extinctif de la litis contestatio 81
MICHON L. — Autour des origines légales de l'agnation externe 111
MONIER R. — Le caractère de bonne foi du contrat de vente et l'obligation de manciper 137
NABER J. C. — De Brachylogi auctore coniectura . . . 151
NOAILLES P. — Tipucitus 175
PEROZZI S. — Intorno al Gaio, IV, 60 197
PETIT E. — Nouvel essai d'interprétation du § 283 des Fragments du Vatican 209

PHILIPPIN A. — Le fils de famille tuteur 221
RICCOBONO S. — I. Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano (p. 235). — II. L'Arbitrium boni viri nei fedecommessi (p. 310). — III. Legati e fedecommessi, verba e voluntas (p. 348). — IV. La cognitio extra ordinem e il suo influsso sul ius civile (p. 375). 235
SANCHEZ PEGUERO C. — Ensayo para un estudio sobre la « Lex Julia municipalis » 383
VON SOKOLOWSKI P. — Zum Willensproblem im römischen Recht 425
STOÏCESCO C. — La magie dans l'ancien Droit roumain. Rapprochements avec le Droit romain 455
TAUBENSCHLAG R. — Le Droit local dans les constitutions prédioclétiennes 497
VIARD P. — Le Droit romain à Montpellier en 1793 . . 513
DE VISSCHER F. — La Curatelle et l'Interdiction des prodigues 539
WILLEMS J. — De l'effet du constitut à l'égard des cosujets corréaux 613
ZOCCO-ROSA A. — Influssi di Diritto romano sur una legislazione slavo-serba 625
DE ZULUETA F. — William of Drogheda 639
TABLE ALPHABÉTHIQUE DES MATIÈRES 659

University of Toronto
Library

DO NOT
REMOVE
THE
CARD
FROM
THIS
POCKET

Acme Library Card Pocket
Under Pat "Ref. Index File"
Made by LIBRARY BUREAU